

LUIGI FERRAJOLI

DIREITO E RAZÃO

*Teoria do
Garantismo Penal*

3.^a edição revista

Prefácio

Norberto Bobbio

TRADUTORES

ANA PAULA ZOMER SICA

FAUZI HASSAN CHOUKR

JUAREZ TAVARES

LUIZ FLÁVIO GOMES

Colaboradores

Alexis Couto de Brito

Alice Bianchini

Evandro Fernandes de Pontes

Fernanda Lara Tórtima

José Antonio Siqueira Pontes

Lauren Paoletti Stefanini

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferrajoli, Luigi

Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Título original: Diritto e ragione.

Vários colaboradores.

Vários tradutores.

ISBN 85-203-1955-6

1. Direito – Teoria 2. Direito e política 3. Direito penal – Filosofia I. Título.

00-3997

CDU-343:340.11

Índices para catálogo sistemático: 1. Garantismo penal : teoria : direito 343:340.11

LUIGI FERRAJOLI

DIREITO E RAZÃO

TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Prefácio de NORBERTO BOBBIO

Tradutores

ANA PAULA ZOMER

FAUZI HASSAN CHOUKR

JUAREZ TAVARES

LUIZ FLÁVIO GOMES

Com a colaboração de

ALICE BIANCHINI

EVANDRO FERNANDES DE PONTES

JOSÉ ANTONIO SIQUEIRA PONTES

LAUREN PAOLETTI STEFANINI



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DIREITO E RAZÃO
TEORIA DO GARANTISMO PENAL

LUIGI FERRAJOLI

Prefácio de NORBERTO BOBBIO

Tradutores do livro Diritto e ragione : teoria del garantismo penale, de Luigi Ferrajoli,
6. ed. Roma : Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR,
LUIZ FLÁVIO GOMES.

com a colaboração de: Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antonio
Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini

2470

© desta edição: 2002

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite nosso *site*: <http://www.rt.com.br>

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (10 - 2002)

ISBN 85-203-1955-6

APRESENTAÇÃO

A EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, atenta às profundas e velozes transformações que se operam na sociedade moderna e, sobretudo, na estrutura e no funcionamento do Direito e da Justiça criminais, antecipa-se na introdução dos seus fundamentos, para reflexão e descoberta de novos rumos.

É com esse objetivo que publica *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino, um dos mais proeminentes pensadores contemporâneos do Direito, de tradição iluminista e liberal.

Autor de numerosas e importantes obras, dentre elas *Teoria assiomaticizzata del diritto*, *La sovranità nel mondo moderno* e *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, teve publicada a 1.ª edição de *Diritto e ragione* em 1989 e, desde então, várias foram suas edições.

A receptividade alcançada pelas idéias de Ferrajoli não é acidental, mas procede da crise vivenciada por todos os setores do pensamento e da práxis não só na Itália ou no Brasil como no mundo ocidental globalizado.

O Direito, em especial o penal, não ficou imune a todas essas transformações.

Quando se pensa na Justiça penal nacional, não há como deixar de reconhecer sua forte crise de legitimidade: morosidade, sensação de impunidade, ineficácia da sanção, enfim, descrédito generalizado.

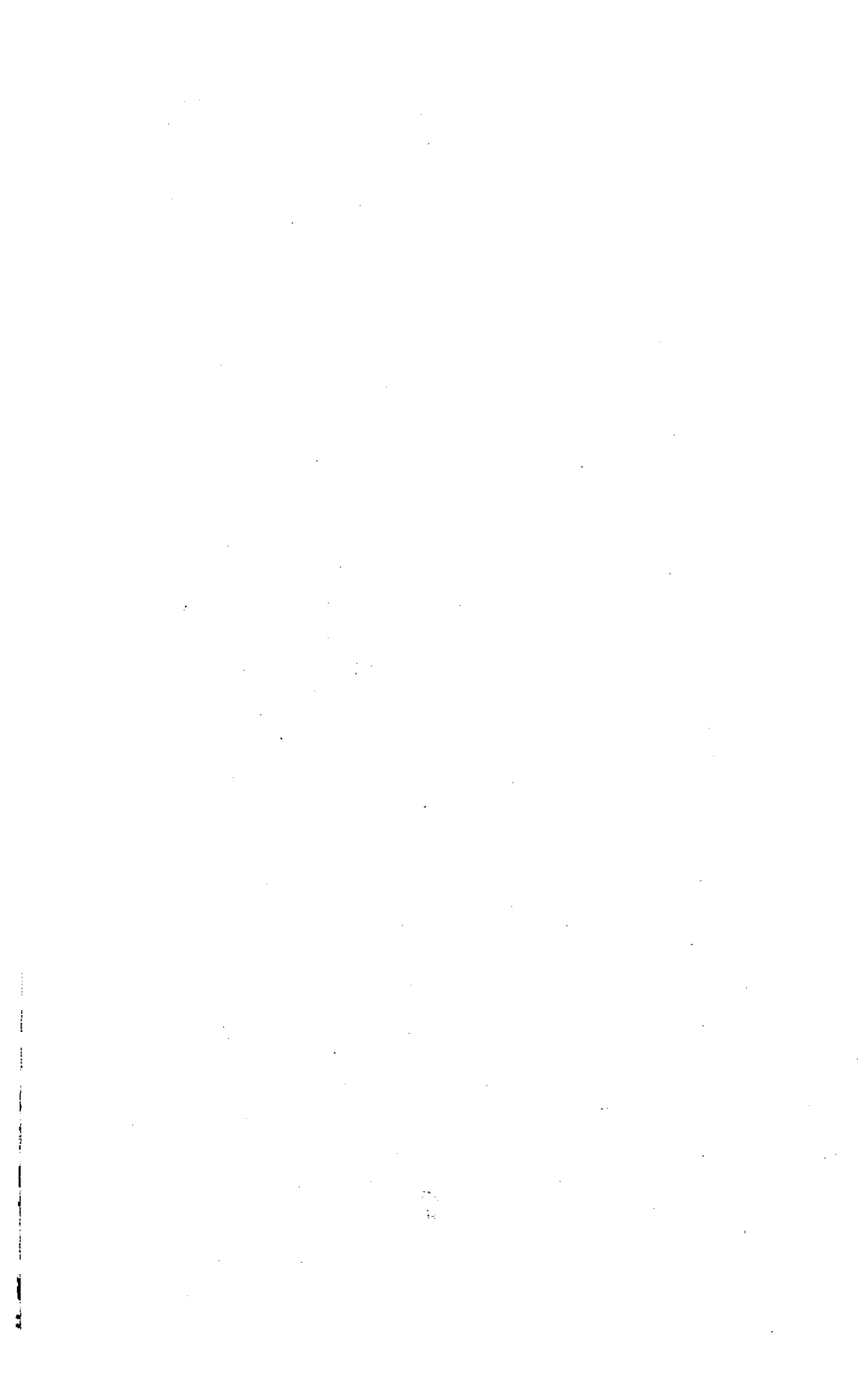
No processo legislativo, por sua vez, evidencia-se a necessidade de maior celeridade e eficácia, para fazer frente, principalmente, à proteção de direitos emergentes, atinentes à informática, à genética, ao consumo de alimentos etc.

Em âmbito internacional, a agilização e intensificação das relações entre os países colocam a demanda pelo desenvolvimento de políticas e justiças criminais uniformes e de cooperação policial e judicial. Mais: antigos crimes, como o descaminho e a evasão de divisas, deverão ser redefinidos; outros, como a lavagem de capitais, redimensionados.

A presente obra, ao discutir o sistema penal atual, em suas bases filosóficas, políticas e jurídicas, destrói velhos vícios teóricos e práticos para, em seguida, construir a teoria geral do garantismo como modelo ideal – um sistema normativo dotado de garantias que lhe tragam racionalidade –, a partir da qual são analisados os problemas fundamentais da pena, do delito e do processo penal.

Trata-se de obra marcante, que conta com prefácio de Norberto Bobbio e tradução da 6.ª edição por renomados estudiosos da matéria, escolhidos pelo próprio autor: Juarez Tavares (prefácio e capítulos 1 a 3), Ana Paula Zomer (capítulos 4 a 6), Luiz Flávio Gomes (capítulos 7 e 8) e Fauzi Hassan Choukr (capítulos 9 a 14).

É com grande orgulho que esta Editora a publica, na certeza de que com essa iniciativa estará contribuindo efetivamente para a construção do Direito do terceiro milênio.



PREFÁCIO DA 1.ª EDIÇÃO ITALIANA

Direito e razão é a conclusão de uma extensa e minuciosa investigação, levada a efeito durante anos, sobre as mais diversas disciplinas jurídicas, especialmente o direito penal, e de uma longa e apaixonada reflexão, nutrida de estudos filosóficos e históricos, sobre os ideais morais que inspiram ou deveriam inspirar o direito das nações civilizadas. Luigi Ferrajoli havia se preparado, há algum tempo, para esta obra com estudos de filosofia, epistemologia, ética, lógica, teoria e ciência do direito, de história das doutrinas e instituições jurídicas, enriquecidos pela experiência intensa e seriamente vivida no exercício de sua antiga atividade de magistrado.

Todo este amplo discurso se desenvolve de forma compacta entre a crítica dos fundamentos gnosiológicos e éticos do direito penal, em um extremo, e a crítica da práxis judicial de nosso país, em outro, afastando-se dos dois vícios opostos da teoria sem controles empíricos e da prática sem princípios, e sem perder jamais de vista, não obstante a multiplicidade dos problemas enfrentados e a riqueza da informação, a coerência das partes com o todo, a unidade do sistema, a síntese final. As diversas partes se desdobram segundo uma ordem preestabelecida e sempre rigorosamente respeitada. O princípio antecipa a conclusão, o fim retorna, depois do trajeto longo e linear, ao princípio.

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal. Mas é um jogo que tem suas regras: o autor, depois de havê-las estabelecido, as observa com escrúpulo e, assim, permite ao leitor encontrar o caminho sem demasiado esforço. A coerência do conjunto se torna possível pela prévia declaração dos pressupostos metodológicos e teóricos, pelo proceder por meio de conceitos bem definidos e de suas relativas sínteses, pela concatenação das diversas partes e pela progressão racional de uma a outra.

A obra, não obstante a complexidade da formulação e a grande quantidade de problemas afrontados, é de admirável clareza. Pode-se estar de acordo ou dissentir. Mas não devemos nos apressar em entender o que o autor quis dizer. O leitor pode transitar de uma etapa a outra do longo caminho sem que seja necessário despojar-se, a cada momento, dos escombros de complexidades inúteis. Ferrajoli é um amante das teses claras e precisas, que procede por meio de um conhecimento seguro dos fatos de que fala e que, ao expô-los ordenadamente, se aproveita de sua preparação em lógica (não seria inútil recordar que uma de suas primeiras provas de estudioso foi uma *Teoria assiomaticizzata del diritto*), o que não quer dizer idéias simples ou, ainda pior, simplificadas. Antes, pelo contrário, a clareza que deriva da eliminação de confusões lingüísticas e conceituais tem como consequência – e não poderia ser de outro modo – a multiplicação das diversidades e subdive-

sidades, a dissolução de unidades aparentes, o ver de perto todos os aspectos de uma figura, que de longe, na névoa do pensamento confuso, parecia uniforme.

Não obstante este proceder por meio da desarticulação do inarticulado e da concretização do vago e do genérico, é importante, para a plena compreensão do conjunto, que não se perca de vista a idéia inspiradora da obra: a idéia iluminista e liberal – iluminista em filosofia e liberal em política – segundo a qual, diante da grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana – em que, nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior seja a liberdade tanto menor será o poder e vice-versa –, é boa e por conseguinte desejável e defensável a solução que amplia a esfera da liberdade e restringe a do poder ou, com outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos os demais.

A obra se desenvolve por antíteses ou grandes dicotomias, concatenadas entre si, de maneira que, em uma linha, estão as teses positivas e, em outra, as negativas. Da antítese liberdade/poder nascem todas as restantes. Começando na esfera específica do direito penal, a que se dá entre modelo garantista e modelo autoritário, entre garantismo e decisionismo, e continuando com todas as que têm conexão com ela: governo das leis – pelo que se entende governo tanto *sub lege* quanto *per leges*, com a ulterior distinção, fundamental, entre mera legalidade e legalidade estrita – e governo dos homens, Estado de direito frente a Estado absoluto ou despótico; formalismo frente a substancialismo, passo a passo para aquelas através das quais o autor expõe sua orientação na política penalista, direito penal mínimo frente a direito penal máximo, o direito do mais fraco frente ao direito do mais forte; em última instância, certeza frente a arbítrio.

A defesa das próprias teses é acompanhada da crítica das doutrinas opostas, que têm constituído grande parte da história da filosofia do direito penal e que não deixam de voltar à cena, umas vezes agressivamente e outras de maneira encoberta. A batalha em defesa do garantismo é, pois, sempre, apesar das solenes declarações de princípios não muito confortadas pelos fatos, uma batalha de minorias. Precisamente por isso, tanto mais difícil, porque deve ser defendida com armas temperadas e afiadas. Ocorre, às vezes, que o adversário oferece duas caras; então, a tese proposta se converte inevitavelmente em um *tercium quid* entre dois extremos. A legalidade se opõe ao arbítrio, mas a oposição é dupla, quando o arbítrio pode derivar tanto de uma concepção objetivista do delito e, em geral, do mal, de origem metafísica, quanto de uma igualmente indevida objetivação, como a derivada da criminologia positivista, à qual o autor não reconhece caráter científico e para a qual não economiza dardos envenenados. Por sua vez, a tese do direito penal mínimo abre sua frente principal contra as teorias do direito penal máximo (que culminam na defesa da pena de morte), mas não pode passar por alto das doutrinas abolicionistas ou substitutivistas, segundo as quais a pena, pelo contrário, estaria destinada a desaparecer. Às vezes, os extremos se tocam: a liberdade regrada deve se opor tanto à antiliberal, quer dizer, a qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à carência de regras, ou seja, à liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário ao arbítrio, mas também ao legalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, a qual, com expressão tomada da lógica dos conceitos, o autor chama de poder de “conotação”, e a presença de espaços nos quais habitualmente se exerce o poder do juiz. No positivismo jurídico, o problema da justiça está separado do da legitimação interna do ordenamento ou da validade: uma posi-

ção como esta se encontra no meio tanto da redução do segundo ao primeiro, o que é próprio do jusnaturalismo clássico, quanto da redução do primeiro ao segundo, que caracteriza o legalismo ético.

O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

À descrição do modelo está dedicada essencialmente a primeira parte, toda ela centrada sobre a pura contraposição entre o momento da legislação e o da jurisdição: o primeiro encontra seu elemento constitutivo no convencionalismo; isto é, na teoria conforme a qual é delito o que a lei estabelece como tal, em contraste com as doutrinas objetivistas do delito, para as quais há ações más em si mesmas; e o segundo, com seu elemento constitutivo na doutrina contrária, do cognitivismo; segundo a qual incumbe ao juiz verificar ou refutar a hipótese acusatória por meio de procedimentos que tornem possível o conhecimento dos fatos. Com uma feliz antítese, feliz por seu caráter sintético, que está centralizada nos dois conceitos gerais do “poder” e do “saber”, a contraposição entre legislação e jurisdição, segundo o abstrato modelo garantista, se expressa com estas duas máximas: acerca da legislação – *Auctoritas, non veritas facit legem*; acerca da jurisdição – *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

A segunda e a terceira parte analisam, à luz do modelo, os problemas fundamentais que constituem a matéria tradicional do direito e do processo penal – a pena, o delito, o processo –, respondendo com calculada simetria, em cada um dos três temas, às quatro perguntas: se, por que, quando e como “punir”; se, por que, quando e como “proibir”; se, por que, quando e como “julgar”. O modelo, uma vez apresentado em todas as suas partes, serve de critério de valoração da situação atual do direito e do processo penal na Itália: tal juízo, ao qual está dedicada a quarta parte, é muito severo e trata de demonstrar até que ponto a realidade do sistema penal vigente está longe do modelo, pela presença de três subsistemas desviados, o do direito penal comum, ainda caracterizado pela sobrevivência do código fascista e de algumas deficiências ou lacunas da mesma Constituição; o das diversas medidas de polícia que se põem ao largo do direito penal comum e a ele se sobrepõem; enfim, o introduzido pelas leis excepcionais, frente à chamada emergência. Enquanto as três primeiras partes se caracterizam por seu rigor argumentativo e pela complexidade da construção sistemática, a quarta se distingue pela amplitude da documentação, que faz dela um verdadeiro e próprio repertório das partes enfermas de um sistema, de que tanto o advogado quanto o juiz, o político ou o funcionário quanto o jornalista podem obter proveito. Chamo a atenção também para a extensão das notas bibliográficas e históricas, nas quais o leitor encontrará interessantíssimas notícias relativas à história de cada um dos problemas.

A última parte, enfim, é uma tentativa de extrair dos resultados obtidos na descrição do modelo garantista penal as grandes linhas de um modelo geral do garantismo: antes de tudo, elevando-o a modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por

último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

Não tenho, por certo, a pretensão de haver dado, com esta apresentação sumária, uma idéia suficiente de uma obra destinada a suscitar um debate que não se esgotará com sua primeira edição. Menos ainda presumo de poder antecipar um julgamento. Posso dizer, em geral, que *Direito e razão* é uma obra onde se encontram continuamente entretidos problemas de teoria do direito e problemas de política do direito e que deverá ser compreendida e julgada a partir de ambos os pontos de vista. Naturalmente, ainda que ambos os aspectos se encontrem estreitamente ligados, podem ser tratados separadamente. Uma teoria pode ter resultados prescritivos diversos, assim como um programa de reformas legislativas pode ter diversos fundamentos teóricos.

Como teórico do direito, Ferrajoli pertence à família dos positivistas na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir a validade formal, ou vigência, das normas de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal; que, portanto, existe nesse ordenamento um problema de justiça interna das leis e não só externa: um positivista bem consciente de que, uma vez produzida na maior parte das constituições modernas a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, tem perdido grande parte de seu significado, com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre “efetividade” e “normatividade”. Este contraste está, além disso, na base da tarefa específica do jurista, várias vezes posta em relevo, que é a crítica do direito vigente: uma tarefa que contrasta com um dos eixos da ciência jurídica, segundo o positivismo de estrita observância, que é o da neutralidade valorativa da ciência do direito. A recorrente constatação deste contraste, em especial no que se refere ao direito penal italiano, constitui um dos motivos de interesse do livro, no qual a frieza e a secura – diria quase a aridez – do raciocínio não chegam jamais a sufocar o fogo da paixão civil.

Se, com respeito às escolas tradicionais de teoria do direito, a orientação teórica de Ferrajoli pertence ao positivismo jurídico, ainda que corrigido e menos intransigente, mas de fato mais conseqüente, quanto ao método ou, simplesmente, quanto ao modo de proceder na argumentação, Ferrajoli pode ser incluído entre os filósofos analíticos: positivismo jurídico e filosofia analítica têm percorrido, pelo menos na Itália, talvez mais na Itália do que em outra parte, muitos caminhos comuns. A adesão à filosofia analítica está declarada explicitamente em vários lugares. Esta vinculação é revelada na atenção continuamente prestada às “questões de palavras”, no rigor do raciocínio, jamais separado da prova dos fatos, na tendência a *distingue frequenter*, na aversão a toda forma de essencialismo.

Do ponto de vista da política do direito, o teórico do garantismo não pode deixar de se inserir na grande tradição do pensamento iluminista e liberal, que no campo do direito penal vai de Beccaria a Francesco Carrara, embora proponha uma revisão dos fundamen-

tos epistemológicos dessa tradição, ingenuamente formalistas e realistas, mediante a distinção entre “significado” e “critérios” de verdade no processo, a análise das margens não suprimíveis de opinabilidade da verdade jurídica e do caráter não mais que provável da verdade fática, e o nexó estabelecido entre o grau de verificabilidade e de verificação e o grau de satisfação das garantias penais e processuais. A noção de “grau”, mais ou menos alto de garantismo (não só no campo penal), é de resto central em todo o trabalho, no qual se exclui repetidamente a idéia de que um ordenamento, conquanto mais aperfeiçoado, possa jamais aspirar a uma plena realização dos valores que constituem suas fontes positivas de legitimação. E representa, junto com a tese do caráter sempre relativo e imperfeito da legitimidade jurídica, não menos do que da legitimidade política que disso resulta, a base da função crítica e reformadora assinalada tanto à ciência quanto à política do direito, entendido este como “artifício” ou construção humana confiada à responsabilidade dos juristas e dos operadores jurídicos.

No conjunto, tudo se enquadra: positivismo jurídico, que não deve ser confundido com legalismo ético, como se disse, separação entre direito e moral, em todas as suas dimensões, método analítico e liberalismo político, entendido como doutrina dos limites e dos vínculos do poder do Estado, formam um conjunto coerente e contribuem, ao convergirem, para a composição do sistema penal do garantismo. As propostas de reforma avançadas, particularmente inovadoras aquelas relativas à pena, são consequência direta da teoria liberal das relações entre indivíduo e Estado, conforme a qual, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado. E o Estado já não é um fim em si mesmo, porque é, ou deve ser, somente um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva. A contraposição entre a concepção técnica e a concepção ética do Estado e de todas as instituições políticas percorre toda a obra, da primeira à última página. Um dos inimigos mortais do defensor convicto do garantismo é o Estado ético de Hegel e, mais genericamente, toda concepção organicista da sociedade. A crítica do Estado ético é um dos muitos aspectos que assume a crítica, tantas vezes retomada, da confusão entre moral e direito por meio da qual, a salvaguarda do princípio de legalidade estrita passa, definitivamente, o valor da certeza, valor fundamental na defesa do cidadão frente aos poderes arbitrários, que encontram seu espaço natural na definição não taxativa dos delitos, na flexibilidade das penas, no poder dispositivo, não cognitivo, do juiz.

As páginas dedicadas à demolição das doutrinas que, por diverso título e em distinta medida, poderíamos chamar, por antítese, obscurantistas e das instituições que contravêm os princípios de um direito penal garantista – entre as quais, contestadas com particular insistência, as medidas de segurança, a prisão preventiva e toda sorte de pactos entre o juiz e o acusado – não são menos incisivas que as dedicadas à construção do edifício. A obra não é um corpo inanimado. Dentro dela sopra o espírito vivificador, emanado de uma ética da liberdade, sinceramente vivida. Aquele que tenha seguido a tenaz batalha do autor, movida quase que dia após dia em debates públicos e artigos na imprensa, na defesa do respeito à legalidade, durante os anos em que uma imprevista e imprevisível explosão de violência política em nosso país provocou a legislação de emergência, não pode ter dúvidas sobre a ocasião que o induzira a tentar o grande empreendimento – com estas dimensões e de modo tão completo, sem precedentes – de estabelecer os fundamentos teóricos e os princípios axiológicos de um sistema global do garantismo. Toda a obra está dominada pela convicção de que unicamente através de uma visão multilateral do problema será possível

ao jurista, que não deve ser somente um frio e distante comentarista das leis vigentes, detectar e, em consequência, denunciar não apenas as deformações do sistema jurídico positivo, compreendido o desenvolvimento hipertrófico do direito penal ou a ilusão panpenalista, mas também, como se vê na parte final, desnudar todas aquelas situações em que permaneçam poderes extrajurídicos, sobre as quais o Estado de direito ainda não estendeu suas regras e que, enquanto tais, perpetuam relações de desigualdade, a que se dá o nome sugestivo de “poderes selvagens”.

A parte crítica, repito, não é menos importante do que a construtiva. Uma e outra se apóiam e se justificam reciprocamente. Não é casual que, nas páginas finais, Ferrajoli cite com honra o “precioso pequeno livro” de Jhering, *A luta pelo direito*, no qual a luta pelo direito se apresenta como um dever para nós mesmos e para os demais. Não é por acaso que nas mesmas páginas se recupere com honra o princípio da “garantia social”, enunciado no art. 23 da Constituição francesa de 1793, definida como a “ação de todos para assegurar a cada um o gozo e a conservação de seus direitos”. Paradoxalmente, para concluir, até mesmo o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda quando se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos.

Turim, junho de 1989.

NORBERTO BOBBIO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
PREFÁCIO DA 1.ª EDIÇÃO ITALIANA – NORBERTO BOBBIO	7

PRIMEIRA PARTE

EPISTEMOLOGIA. A RAZÃO NO DIREITO PENAL

1. COGNITIVISMO OU DECISIONISMO	29
1. O MODELO GARANTISTA	29
1. A epistemologia garantista	29
2. Convencionalismo penal e legalidade estrita	30
3. Cognitivismo processual e estrita jurisdicionariade	31
4. Garantismo e utopia liberal. Quatro dimensões do poder judicial	33
2. OS MODELOS AUTORITÁRIOS	35
1. A epistemologia inquisitiva	35
2. Substancialismo penal e cognitivismo ético	35
3. Decisionismo processual e subjetivismo inquisitivo	36
4. A alternativa entre verdade formal e verdade substancial	37
3. O PROBLEMA DA VERDADE PROCESSUAL	38
1. O juízo penal como saber-poder. Garantismo e verdade	38
2. A concepção semântica da verdade processual como “correspondência”. Verdade fática e verdade jurídica	40
3. A verdade processual como verdade aproximativa	42
4. OS LIMITES DA VERDADE PROCESSUAL	43
1. A indução fática e a verdade provável da conclusão	43
2. A dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas	45
3. A subjetividade específica do conhecimento judicial	46
4. O método legal da comprovação processual	49
5. A DECIDIBILIDADE DA VERDADE PROCESSUAL	51
1. Iluministas iludidos e iluministas desiludidos	51

2. Três silogismos judiciais: indução, dedução e disposição. Significado e critérios de verdade	52
3. Modelos de justificação no direito. A legitimação cognitivista da jurisdição	55
4. O problema do garantismo penal	56
2. MODELOS DE DIREITO PENAL	73
6. AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS	73
1. Princípios e modelos de direito penal	73
2. Dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG	74
3. O princípio da legalidade estrita: um modelo regulador	76
7. PARA UMA TIPOLOGIA DOS SISTEMAS PUNITIVOS	78
1. Graus do garantismo	78
2. Modelos de processo penal autoritário	79
3. Modelos de direito penal autoritário	80
4. Modelos punitivos irracionais	81
8. DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO	83
1. Direito penal mínimo e racionalismo jurídico; direito penal máximo e irracionalismo jurídico	83
2. Dois modelos de certeza relativa	84
3. A dúvida: incerteza de fato e incerteza de direito	86
3. O PODER PUNITIVO ENTRE VERIFICAÇÃO E VALORAÇÃO	95
9. A INTERPRETAÇÃO. O PODER DE DENOTAÇÃO E AS GARANTIAS PENAIS ..	95
1. Significado e verificabilidade	95
2. Verificabilidade jurídica e denotação legal; a legalidade estrita e a semântica da linguagem legislativa	98
3. Verificabilidade fática e denotação jurisdicional: a estrita jurisdicionariedade e a semântica da linguagem judicial	101
4. A dedução jurídica e a heterointegração da linguagem penal	102
10. A PROVA, O PODER DE VERIFICAÇÃO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS ..	105
1. Verificação e indução fática	105
2. Provas e indícios. Confiabilidade subjetiva e relevância objetiva	106
3. A justificação da indução como dedução mascarada. As provas legais	108
4. A superação moderna das provas legais e o princípio potestativo da livre convicção	110
5. O esquema nomológico-dedutivo da explicação causal	114
6. A estrutura lógica da prova: confirmação por <i>modus ponens</i> e refutação por <i>modus tollens</i>	116
7. As garantias processuais: necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada	119

8. O ônus da prova, o contraditório, a motivação	122
11. A EQUIDADE. O PODER DE CONOTAÇÃO E O <i>FAVOR REI</i>	125
1. A contraposição corrente entre legalidade e equidade	125
2. Uma noção semântica da equidade: legalidade como denotação e equidade como conotação. Língua e linguagem penal	127
3. Princípio da legalidade e princípio da equidade como regras semânticas da linguagem penal. Os elementos constitutivos e as circunstâncias do delito	128
4. Os equívocos do formalismo e do antiformalismo: <i>Juris-dictio</i> e <i>juris-prudentia</i> ...	130
5. O <i>favor rei</i> : compreensão equitativa, valoração simpatética e gradação das penas	132
12. A DISCRICIONARIEDADE. O PODER DE DISPOSIÇÃO E OS PRINCÍPIOS GERAIS	133
1. Verdade indeterminada e arbítrio dispositivo. O poder judicial de disposição. .	133
2. O problema do caráter político da função judicial. A ilegitimidade do poder de disposição	136
3. Os princípios gerais do direito como critérios de orientação do poder de disposição	138
4. Programa de uma filosofia analítica do garantismo penal	140

SEGUNDA PARTE

AXIOLOGIA.
AS RAZÕES DO DIREITO PENAL

4. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL	167
13. CUSTOS E OBJETIVOS DO DIREITO PENAL	167
1. Os custos da justiça e da injustiça	167
2. Doze questões em tema de justificação	169
3. Doutrinas de justificação, modelos axiológicos e modelos históricos de direito penal	170
14. JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E LEGITIMAÇÃO INTERNA	171
1. Ponto de vista normativo externo e ponto de vista normativo interno: justiça e validade	171
2. Dois filões históricos da cultura penalista: a separação e a confusão entre direito e moral	172
3. As vias do substancialismo	173
15. A SEPARAÇÃO ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL	175
1. A transformação iluminista de direito e moral em universos laicos na origem do Estado de direito moderno	175
2. Três teses teóricas em tema de separação entre direito e moral. O formalismo jurídico	176

3. Três teses axiológicas em tema de separação entre direito e moral. O utilitarismo jurídico	178
16. A CONFUSÃO PÓS-ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL	180
1. O "paradoxo hobbesiano" e a fundação jusnaturalista do Estado de direito enquanto sistema positivo	180
2. A regressão ideológica da cultura jurídica do século XIX. O substancialismo jurídico	182
3. A renúncia técnico-jurídica ao ponto de vista externo. O formalismo ético	184
17. SE, PORQUE, QUANDO E COMO PUNIR, PROIBIR E JULGAR	185
1. Os fundamentos filosóficos do garantismo penal. Análise de um problema	185
2. O ponto de vista externo da filosofia do direito e os seus reflexos internos	186
3. Modelos de justiça e modelos de legalidade	189
5. SE E POR QUE PUNIR, PROIBIR, JULGAR. AS IDEOLOGIAS PENAIS	199
18. AS DOUTRINAS ABOLICIONISTAS	199
1. Justificacionismo e abolicionismo penal	199
2. O abolicionismo radical de Stirner e o abolicionismo holístico anárquico e pós-marxista	201
3. Duas perspectivas abolicionistas: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar. O valor metodológico das hipóteses abolicionistas	203
19. AS JUSTIFICAÇÕES RETRIBUTIVISTAS	204
1. Tipologia das doutrinas de justificação. Justificações absolutas ou <i>quia peccatum</i> e relativas ou <i>ne peccetur</i>	204
2. Os esquemas religiosos da vingança e da expiação e aquele mágico da troca. Kant e a retribuição ética, Hegel e a retribuição jurídica	205
3. Equívocos teóricos e opções autoritárias nas doutrinas retributivistas	207
20. AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS	208
1. O utilitarismo jurídico e a doutrina iluminista dos limites do poder punitivo do Estado	208
2. Ambivalência do utilitarismo jurídico: o objetivo da máxima segurança e aquele da mínima aflição	210
3. Prevenção geral e prevenção especial. Prevenção positiva e prevenção negativa	212
21. A PREVENÇÃO ESPECIAL: CORREÇÃO OU ELIMINAÇÃO	213
1. Corrigíveis e incorrigíveis	213
2. As doutrinas pedagógicas da emenda: a <i>poena medicinalis</i> na tradição católica e naquela idealista	214
3. As doutrinas terapêuticas da defesa social: a Escola Positiva italiana e o modelo soviético	215
4. O programa de Marburgo, a <i>new penology</i> americana e o projeto ressocializante da diferenciação das penas	216

5. A idéia não liberal do delito como patologia e da pena como tratamento	218
6. As instituições correicionais posteriores à metade do século XIX	220
22. A PREVENÇÃO GERAL: INTEGRAÇÃO OU INTIMIDAÇÃO	221
1. Prevenção geral positiva por meio da integração	221
2. A formulação iluminista da finalidade da prevenção geral negativa. A pena exemplar: Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham	222
3. A prevenção geral negativa por meio da ameaça legal: Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer	223
4. Os êxitos autoritários das doutrinas da prevenção geral negativa	224
6. O OBJETIVO E OS LIMITES DO DIREITO PENAL. UM UTILITARISMO PENAL REFORMADO	259
23. O ESTATUTO METATEÓRICO DA JUSTIFICAÇÃO	259
1. Doutrinas, teorias e ideologias da pena	259
2. Doutrinas de justificação e justificações	262
3. As condições metaéticas da justificação. A justificação <i>a posteriori</i>	263
4. Abolicionismo ideológico e justificacionismo ideológico	265
24. O DIREITO PENAL MÍNIMO. OS DOIS OBJETIVOS DO DIREITO PENAL	267
1. A prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais	267
2. O direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei do mais fraco	270
3. Um novo modelo de justificação	271
25. JUSTIFICAÇÃO E GARANTISMO	272
1. O direito penal e suas alternativas: sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar	272
2. Práxis abolicionistas e utopia garantista	275
3. Justificações condicionais, condições de justificação e garantias. Garantismo e deslegitimação	277

TERCEIRA PARTE

TEORIA.

AS RAZÕES DO DIREITO PENAL

7. A PENA. QUANDO E COMO PUNIR	285
26. A ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO DE DIREITO	285
1. Justificação externa (ou política) e legitimação interna (ou jurídica) no Estado de direito	285
2. A positivação constitucional dos “direitos naturais”. Ser e dever ser <i>do e no</i> direito moderno	286
3. Legitimidade, validade, vigência e efetividade no Estado constitucional de direito. Redefinições	289

4. Os níveis normativos. Incorporação limitativa e incorporação potestativa	292
5. A deslegitimação jurídica: invalidade e ineficácia. As garantias	295
27. QUANDO PUNIR? O PRINCÍPIO DA RETRIBUIÇÃO PENAL	297
1. A pena como sanção <i>post delictum</i>	297
2. Concepções formalistas e concepções substancialistas do princípio retributivo: <i>pena quia prohibitum</i> e <i>pena quia peccatum</i>	298
3. Critérios de validade e critérios de justiça	300
28. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	301
1. A definição teórica de “delito”. O princípio da mera legalidade e o primeiro postulado do positivismo jurídico	301
2. A definição legal de “delito”. O princípio da estrita legalidade e o segundo postulado do positivismo jurídico	302
3. Legalidade ampla e legalidade estrita. Legitimação formal e legitimação material	305
4. A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia	307
5. As vicissitudes do princípio de legalidade. Codificações e descodificações	308
29. COMO PUNIR? OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA HUMANIDADE DAS PENAS	310
1. Quais penas? As penas ferozes: pena de morte e penas corporais	310
2. O talião e a idéia de uma correspondência natural entre pena e delito	312
3. As penas modernas como privações: penas privativas de liberdade e penas pecuniárias	313
4. O princípio da pena mínima necessária e o de respeito à pessoa	317
30. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA EQUIDADE E DA CERTEZA DAS PENAS	320
1. Que quantidade de pena? A medida da pena e o princípio da proporcionalidade	320
2. A predeterminação legal da pena. A escala de penas e os limites máximos e mínimos	320
3. A determinação judicial da pena. O cálculo penal e o princípio de equidade	323
4. A determinação da pena na fase executiva e o princípio de certeza	326
31. UMA ALTERNATIVA ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E ÀS PECUNIÁRIAS	329
1. Crise do atual sistema de penas e perspectivas de reforma	329
2. Pela abolição da pena carcerária	330
3. Pela redução das penas privativas de liberdade. O limite máximo de dez anos	332
4. Pela abolição das penas pecuniárias e pela reforma das penas privativas de direitos	334
5. Um sistema de penas alternativas	336

8. O DELITO. QUANDO E COMO PROIBIR	367
32. QUANDO PROIBIR? OS PROBLEMAS SUBSTANCIAIS DO DIREITO PENAL	367
1. Proibição penal e reprovação moral. Uma ética da legislação	367
2. Relativismo ético e relativismo jurídico. A impossível garantia de um direito penal absolutamente justo e válido	369
3. As garantias penais ou substanciais e os elementos constitutivos do delito: resultado, ação, culpabilidade	371
33. OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA LESIVIDADE. OS BENS JURÍDICOS	372
1. Economia do direito penal e lesividade do resultado. O direito penal como instrumento de tutela	372
2. A parábola involutiva da doutrina do bem jurídico: da tutela de direitos subjetivos à tutela do Estado	374
3. Para uma análise metateórica do problema do bem jurídico	376
4. O problema político ou externo do bem jurídico	377
5. O bem jurídico entre normatividade constitucional, normatividade legal e efetividade do direito penal	379
6. Bens jurídicos fundamentais e proibições mínimas necessárias	381
34. O PRINCÍPIO DA MATERIALIDADE DA AÇÃO	384
1. Exterioridade da ação e utilitarismo penal. O nexo causal entre ação e resultado	384
2. Exterioridade da ação e separação entre direito e moral. A soberania da consciência	385
3. Exterioridade da ação e estrita legalidade penal. Certeza penal e prova	387
4. A evolução histórica da teoria da ação e as múltiplas vias do substancialismo moderno: naturalismo e idealismo	387
35. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE. A EXIGIBILIDADE	389
1. Os modelos arcaicos de responsabilidade objetiva e as vicissitudes do princípio da culpabilidade	389
2. Causalidade, imputabilidade, intencionalidade. Culpabilidade e responsabilidade	391
3. Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade	393
4. Poderia ter agido de outro modo? O dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio	394
5. A dissolução do princípio da culpabilidade nos delineamentos objetivistas e nos subjetivistas. Duas aporias	395
6. A culpabilidade como elemento normativo do fato. Exigibilidade e inexigibilidade	399
36. COMO PROIBIR? REGULATIVIDADE E TAXATIVIDADE DAS NORMAS PENAIAS	402
1. Normas penais regulativas e normas penais constitutivas	402

2. A proibição de leis penais constitutivas. Dignidade da pessoa e igualdade penal	403
3. O paradigma constitutivo nos ordenamentos modernos. Reincidentes, suspeitos, perigosos e reabilitados	405
9. O JUÍZO. QUANDO E COMO JULGAR	431
37. GARANTISMO PROCESSUAL E VALORES DA JURISDIÇÃO	431
1. Garantias processuais e garantias penais. Legalidade e submissão à jurisdição	431
2. Submissão à jurisdição lata e submissão à jurisdição estrita. As garantias orgânicas e as garantias procedimentais	433
3. Valor de verdade, validade jurídica e legitimidade política nos pronunciamentos judiciais	435
4. Verdade e liberdade como valores da jurisdição e fundamentos axiológicos da divisão dos poderes	437
5. A margem irredutível de ilegitimidade política da função judiciária	439
38. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E GARANTIA DE LIBERDADE DO IMPUTADO	441
1. Princípio de submissão à jurisdição e presunção de inocência	441
2. Fatos históricos e aporias teóricas da prisão preventiva	442
3. A ilegitimidade do encarceramento preventivo e a liberdade do imputado	445
4. Um processo sem prisão preventiva	449
39. QUANDO JULGAR. O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO	450
1. A não derrogação do juízo. A ilusão panjudicialista e a inflação do processo penal	450
2. Processo acusatório e processo inquisitório. Modelos teóricos e tradições históricas	451
3. A separação entre juiz e acusação. Publicidade e obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público	454
4. Proceder de ofício e condições de proceder	457
40. QUAL JUIZ? AS GARANTIAS ORGÂNICAS	460
1. Modelos de juiz e modelos de processo. Juízes cidadãos e juízes magistrados	460
2. Os caracteres que distinguem a jurisdição e a imparcialidade do juiz. Sujeição à lei e contrapoder	463
3. A equidistância do juiz e a forma trigonal da relação processual. A possibilidade de recusa dos juízes. O defensor público	465
4. A independência externa e interna. A separação dos poderes e o nascimento da figura do juiz moderno	467
5. O juiz natural e a proibição de juízes extraordinários. Pré-constituição e impossibilidade de derrogação das competências	472
6. Modelos de responsabilidade judiciária e modelos de juiz: juízes eleitos, profissionais, concursados. A responsabilidade política	474
7. A responsabilidade jurídica dos juízes: penal, civil e disciplinar	478

8. A responsabilidade social dos juízes e o controle popular sobre a justiça	481
41. COMO JULGAR? AS GARANTIAS PROCEDIMENTAIS	482
1. O processo como garantia de verdade e de liberdade. Cognição ou inquisição ..	482
2. A contestação da acusação e o interrogatório do imputado	485
3. O ônus acusatório da prova. Fontes e meios de prova	487
4. O direito de defesa e o contraditório	490
5. A publicidade e a oralidade. A publicidade parcial e a oralidade parcial do pro- cesso de duas fases	492
6. O rito e o método legal de formação das provas	496
7. A motivação. Verdade e validade no processo	497

QUARTA PARTE

FENOMENOLOGIA.
A INEFICÁCIA DAS GARANTIAS
NO DIREITO PENAL ITALIANO

10. O SUBSISTEMA PENAL ORDINÁRIO	559
42. NORMATIVIDADE E EFICÁCIA NO SISTEMA PENAL ITALIANO	559
1. A estrutura garantista do ordenamento constitucional italiano. As carências da Constituição de 1948	559
2. A diferenciação entre princípios e práticas. As três diferenciações do sistema penal italiano: os três subsistemas penais	561
3. A crise da forma legal e judiciária do direito penal	564
43. O CRIME. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E ASPECTOS EFETIVOS	566
1. A noção legal de crime no direito italiano	566
2. As garantias substanciais e os elementos constitutivos do crime	567
3. As lesões legais das garantias relativas ao elemento objetivo	569
4. As lesões legais às garantias relativas ao elemento subjetivo	572
5. Para uma nova codificação, não encarceramento pelos delitos e pela despenalização das contravenções	573
44. A PENA. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E DELINEAMENTOS EFETIVOS	576
1. A noção legal de pena no direito italiano. As garantias de retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição	576
2. Medidas <i>extra delictum</i> e <i>extra iudicium</i> restritivas da liberdade. Os tratamen- tos diferenciados na reforma penitenciária	578
3. A pena incerta e desigual. Os cárceres especiais e o labirinto premiador	580
4. Penas segundo os tipos de preso, de autor e de acusado. As sanções substitutivas e os acordos	583
5. As lesões ao princípio de submissão das penas à jurisdição: as penas sem pro- cesso	585
6. O processo como pena. Imputação penal e rotulação social	587

45. O PROCESSO PENAL: PRINCÍPIOS NORMATIVOS E PERFIS DE EFETIVIDADE	588
1. A noção legal do processo penal no direito italiano. O modelo constitucional	588
2. O novo Código do Processo Penal e o sistema acusatório	590
3. As lesões legais do modelo constitucional do processo penal. O legado da emergência	592
4. Os procedimentos especiais sumários. Juízos diretíssimos, imediatos e por decreto	598
5. Os procedimentos especiais diferenciados: transação sobre a pena e transação sobre o rito. Ritos alternativos ou alternativas ao processo?	599
6. A mudança de paradigma do sistema penal	602
11. O SUBSISTEMA PENAL DE POLÍCIA	613
46. OS BINÁRIOS MÚLTIPLOS DA DEFESA SOCIAL	613
1. O monopólio penal da violência e a sua inefetividade	613
2. A polícia e as suas funções	615
3. Tipologia das medidas de polícia. A periculosidade e o suspeito	617
47. A CUSTÓDIA CAUTELAR	619
1. Crise da jurisdição e cárcere preventivo	619
2. O desenvolvimento do encarceramento preventivo na Itália. O labirinto legislativo	620
3. Usos e abusos judiciais do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória	623
48. AS MEDIDAS DE SEGURANÇA	624
1. O “duplo binário” punitivo do Código Rocco	624
2. A natureza administrativa das medidas de segurança. As lesões ao princípio de retribuição	626
3. As lesões ao princípio da estrita legalidade	627
4. A lesão ao princípio da estrita submissão à jurisdição	629
49. AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO	629
1. “Classes perigosas” e “pessoas perigosas”. A prevenção de polícia na legislação oitocentista e durante o fascismo	629
2. A legislação com relação a pessoas perigosas na Itália republicana. As medidas de prevenção contra os menores	631
3. Sujeitos perigosos e pessoas suspeitas	632
50. AS MEDIDAS CAUTELARES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA	634
1. O direito processual de polícia	634
2. Os poderes de prisão da polícia judiciária	634
3. Os poderes instrutórios da polícia no processo ordinário	636

51. AS MEDIDAS DE ORDEM PÚBLICA	639
1. A ordem pública	639
2. Medidas ordinárias de administração policiaesca	639
3. Medidas de exceção, o estado de assédio e os vários estados de perigo	641
12. O SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO	649
52. EMERGÊNCIA PENAL, RAZÃO DE ESTADO E ESTADO DE DIREITO	649
1. Emergência e estado de exceção. A exceção e a regra	649
2. O delito político. Duas tradições: razão de Estado e direito de resistência	650
3. A incompatibilidade entre Estado de direito e direito penal de exceção	653
53. AS TRÊS FASES DA EMERGÊNCIA PENAL	656
1. A primeira fase: o direito especial de polícia	656
2. A segunda fase: o direito penal político especial	657
3. A terceira fase: o direito penal diferenciado	658
54. LINEAMENTOS DO DIREITO PENAL ESPECIAL OU DE EXCEÇÃO	659
1. A mutação substancial do modelo de legalidade penal	659
2. O gigantismo processual e os maxiprocessos	661
3. A deformação policial da jurisdição de emergência	662
4. O futuro da jurisdição penal	664
55. MEIOS E FINS PENAIS: DEPOIS DA EMERGÊNCIA	665
1. Se o fim justifica os meios. Estado de necessidade e Estado de direito	665
2. Perspectivas de reforma da legislação	668
3. Dois pontos de vista para uma deontologia da jurisdição	670

QUINTA PARTE

PARA UMA TEORIA GERAL DO GARANTISMO

13. O QUE É GARANTISMO	683
56. TRÊS SIGNIFICADOS DE “GARANTISMO”	683
1. O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação	683
2. Teoria do direito e crítica do direito	684
3. Filosofia do direito e crítica da política	685
4. Uma teoria do garantismo	686
57. A) UM MODELO DE DIREITO. ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA	687
1. O Estado de direito: governo <i>per leges</i> e governo <i>sub lege</i> . Legitimação formal e legitimação substancial	687

2. Democracia e Estado de direito: “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e “o que não” se deve decidir	688
3. Os direitos fundamentais: liberdade e expectativas. Estado de direito liberal e Estado de direito social	690
4. Democracia formal e democracia substancial. O garantismo como base da democracia substancial	693
5. A aporia da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de direito	695
58. B) UMA TEORIA DO DIREITO. O DIREITO ILEGÍTIMO	696
1. Garantismo e positivismo jurídico	696
2. Juspositivismo dogmático e juspositivismo crítico. A crítica jurídica do direito vigente inválido	698
3. Dois dogmas do juspositivismo dogmático: a obrigação de o juiz aplicar a lei e a possibilidade de valoração da ciência jurídica	700
4. Juízos sobre vigor e juízos sobre validade. Duas aporias teóricas: a possibilidade de valoração e a discricionariedade dos juízos de validade	701
5. Antinomias e lacunas irredutíveis. A crítica do direito inválido como tarefa do juiz e do jurista	702
59. C) UMA FILOSOFIA DA POLÍTICA. O ESTADO-INSTRUMENTO	705
1. Estado-instrumento e Estado-fim: utilitarismo ou política ética	705
2. O garantismo como doutrina da fundação externa do Estado sobre os direitos vitais dos cidadãos	708
3. Uma aporia política: a irredutível ilegitimidade política do poder no Estado de direito. As ideologias de legitimação	710
4. Liberalismo real e socialismo real	713
14. O PONTO DE VISTA EXTERNO	725
60. GARANTISMO, IGUALDADE E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	725
1. Valor da pessoa, tolerância, igualdade e direitos fundamentais	725
2. Direitos fundamentais e igualdade. Poderes e desigualdades	728
3. Construção e crise do conceito de direito subjetivo no juspositivismo do século XIX	730
4. Direitos fundamentais e garantias	733
5. Legitimação formal e legitimação substancial	735
61. GARANTISMO, DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA	737
1. Sobre a obrigação jurídica e sobre a obrigação política de obedecer às leis	737
2. “A que obriga” a obrigação política de obedecer às leis. Aporias lógicas e aporias políticas	738
3. “Quem é obrigado” a obedecer às leis. O ponto de vista interno dos juízes e o externo dos juristas	740
4. A incompatibilidade entre Estado de direito e obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis. Desobediência civil e resistência	742

62. OS DIREITOS CONTRA OS PODERES	745
1. Estado de direito e poder mínimo. Micro e macropoderes ilegais ou extralegais .	745
2. Micropoderes selvagens. As desigualdades substanciais	746
3. Macropoderes selvagens. Os “lobos artificiais” e a criminalidade dos Estados	748
63. GARANTISMO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	752
1. Falácia política e falácia garantista	752
2. Garantias políticas e garantias sociais. A luta pelos direitos	753
3. Garantismo, mudança jurídica e democracia direta	756

I

EPISTEMOLOGIA.
A RAZÃO NO DIREITO PENAL

COGNITIVISMO OU DECISIONISMO

JUAREZ TAVARES

SUMÁRIO: 1. O MODELO GARANTISTA: 1. A epistemologia garantista; 2. Conventionalismo penal e legalidade estrita; 3. Cognitivismo processual e estrita jurisdiccionariedade; 4. Garantismo e utopia liberal. Quatro dimensões do poder judicial – 2. OS MODELOS AUTORITÁRIOS: 1. A epistemologia inquisitiva; 2. Substancialismo penal e cognitivismo ético; 3. Decisionismo processual e subjetivismo inquisitivo; 4. A alternativa entre verdade formal e verdade substancial – 3. O PROBLEMA DA VERDADE PROCESSUAL: 1. O juízo penal como saber-poder. Garantismo e verdade; 2. A concepção semântica da verdade processual como “correspondência”. Verdade fática e verdade jurídica; 3. A verdade processual como verdade aproximativa – 4. OS LIMITES DA VERDADE PROCESSUAL: 1. A indução fática e a verdade provável da conclusão; 2. A dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas; 3. A subjetividade específica do conhecimento judicial; 4. O método legal da comprovação processual – 5. A DECIDIBILIDADE DA VERDADE PROCESSUAL: 1. Iluministas iludidos e iluministas desiludidos; 2. Três silogismos judiciais: indução, dedução e disposição. Significado e critérios de verdade; 3. Modelos de justificação no direito. A legitimação cognitivista da jurisdição; 4. O problema do garantismo penal.

1. O MODELO GARANTISTA

1. A epistemologia garantista

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena.¹ Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Por exemplo, as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria a Carrara, uma concepção da pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível.

E o positivismo jurídico, se por um lado está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano, ao mesmo tempo em que se mostra, em todo caso, completamente neutro a respeito de todas as demais garantias penais e processuais.² Sem falar das concepções contratualistas, que têm servido igualmente de base à teoria hobbesiana do Estado absoluto, à lockeana dos direitos naturais e do Estado de direito, à fichteana do Estado pedagogo e à rousseauiana da democracia direta.

Sem dúvida, para além da heterogeneidade e da ambivalência de seus pressupostos teóricos e filosóficos, é certo que os princípios mencionados, tais como se consolidaram nas constituições e codificações modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário. A unidade do sistema, que ressaltarei mais adiante no parágrafo 6, mediante sua formalização, depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Esse esquema, como se sabe, apresenta numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados inequivocamente antigarantistas. Ademais, antes de empreender sua crítica e revisão teórica, é útil delinear, ainda que apenas esquematicamente, seus elementos constitutivos. Estes elementos são dois: um relativo à *definição legislativa*, e o outro à *comprovação jurisdicional* do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de *garantias* – as garantias penais e as garantias processuais – do sistema punitivo que fundamentam.

2. Convencionalismo penal e legalidade estrita

O primeiro destes elementos é o *convencionalismo penal*, tal como resulta do *princípio da legalidade estrita*, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter *formal* ou *legal* do critério de definição do desvio e o caráter *empírico* ou *fático* das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de *status* ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

A primeira condição equivale ao princípio da *reserva legal* em matéria penal e da conseqüente *submissão do juiz à lei*: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter *absoluto* da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é *somente à lei*. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de

determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de “princípio de *mera* legalidade”, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão “princípio de *estrita* legalidade” para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir”, os “dedicados a tráficos ilícitos”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes. Diremos, pois, aplicando ao direito penal uma distinção recentemente elaborada pela teoria geral do direito, que o princípio da estrita legalidade não admite “normas constitutivas”, mas somente “normas regulamentares” do desvio punível:³ portanto, não admite normas que criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma *proibição*, quer dizer, uma modalidade deontica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma *ação*, e a respeito da qual seja aleticamente possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à *culpa* ou responsabilidade de seu autor.

O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico:⁴ o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito.

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de *liberdade*, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido: por *jus* entende Hobbes a “liberdade que a lei me confere para fazer qualquer coisa que a lei não me proíba”, e de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene”.⁵ O segundo é a *igualdade* jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.⁶

3. Cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade

O segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade, mas frequentemente descuidado, é o *cognitivismo processual* na

determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas “motivações”, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de *princípio de estrita jurisdiccionariedade*, que, por sua vez, exige duas condições: a *verificabilidade* ou *refutabilidade* das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua *comprovação empírica*, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação.⁷ Para que o desvio punível não seja “constituído”, mas “regulado” pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas; por assim dizer, “em branco”, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter “constitutivo” e tenham caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por elas regulados.⁸

Em consequência, como quer a primeira de tais concepções, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ao mesmo tempo, para que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, é preciso também que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*. Compreende-se que o requisito da estrita jurisdiccionariedade pressupõe logicamente o da estrita legalidade, na falta do qual se dá a “jurisdiccionariedade simples ou em sentido amplo”: na realidade, para satisfazê-lo “é preciso”, como escreveu Aristóteles, que “leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, (...) mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não” e “se é ou não é, pois não é possível que isto o preveja o legislador”.⁹

Dai deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a *verdade* ou a *falsidade* processual,¹⁰ no sentido que será elucidado mais adiante. Invertendo, a propósito da jurisdição, a máxima hobbesiana sobre a legislação, se dirá que *veritas, non auctoritas facit iudicium*. A jurisdição, na realidade, segundo as palavras de Francis Bacon, é – ou pelo menos pretende ser – *jus dicere* e não *jus dare*.¹¹ quer dizer, é uma atividade normativa que se distingue de qualquer outra – não só da legislação, senão também da administração e da atividade negocial – enquanto motivada por afirmações supostamente verdadeiras e não apenas por prescrições, de modo que não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas está vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos.

Podemos dizer, atendendo a uma antiga hendíadis, que se a ética é “sem verdade”,¹² por serem os juízos éticos valorativos e não cognitivos, uma justiça penal não arbitrária

deve ser em certa medida “com verdade”, quer dizer, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica. Esta concepção cognitiva da jurisdição, junto à convencionalista e empírica da legislação da qual é complementar, se dirige a assegurar outros dois resultados ético-políticos da cultura penal da ilustração. Primeiramente, o valor da *certeza* na determinação do desvio punível, confiada não a valorações extemporâneas e contingentes *post factum*, mas exclusivamente à taxativa formulação legal e judicial de pressupostos típicos gerais e abstratos. Com efeito, aí onde estes são definidos de maneira precisa pela lei e aplicados em juízo resulta exatamente determinada, em proposições suscetíveis de comprovação como verdadeira, a categoria dos pressupostos típicos concretos indicados por aqueles.¹³ Em segundo lugar, a *separação entre direito e moral* e, por outro lado, entre direito e natureza. Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional.¹⁴

4. Garantismo e utopia liberal. Quatro dimensões do poder judicial

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela.¹⁵ A idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo “verdadeiro” quanto os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em conseqüência, na atividade judicial existem espaços de *poder* específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle. Distinguirei estes espaços – que em seu conjunto formam o *poder judicial* e que ilustrei analiticamente no capítulo terceiro – em quatro tipos: o poder de *indicação*, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão eqüitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política.

Diante disso, por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva. A *interpretação* da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados.

Em segundo lugar, ainda que disciplinada pelo conjunto das garantias processuais, também a verificação fática de uma inserção judicial, da mesma forma que a de qualquer inserção empírica, exige decisões argumentadas. A *prova* empírica dos fatos penalmente relevantes

não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas.

Em terceiro lugar, além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico. Tais conotações nunca são legal e totalmente predeterminadas, pois em grande parte vêm remetidas à *equidade* do juiz, que, segundo mostrei, é uma função cognitiva, que sem dúvida inclui uma atividade valorativa. No plano axiológico, ademais, o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem*, não é em absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressada na célebre frase de Montesquieu: “Os juizes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”.¹⁶

Em quarto lugar, dado o nexo que une a estrita jurisdicionariedade à estrita legalidade, na medida em que o modelo penal garantista não se satisfaz com o plano legislativo, abrem-se no plano judicial espaços inevitáveis de *discrecionariedade* dispositiva, que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto sua sujeição exclusivamente à lei. Dentro desses espaços, o juiz, ainda quando em contraste com a natureza de seu papel, não pode subtrair-se à responsabilidade política das escolhas e decisões. Esta é a contradição, nunca de todo resolúvel, que aflige os fundamentos de legitimidade da jurisdição penal e sobre a qual sempre assentou a reflexão da cultura liberal-garantista. Como veremos, nas duas dimensões se mede o grau de irracionalidade jurídica e de ilegitimidade política de todo sistema penal.

Estes quatro espaços de poder desmentem irremediavelmente a versão clássica do modelo penal garantista, conferindo-lhe um caráter utópico ou, como se diz, ideal. Isto não impede que o modelo, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas. Na realidade, deve-se distinguir até que ponto sua inaplicação depende de limites intrínsecos, como são as margens insuprimíveis de opinabilidade na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração da especificidade dos fatos, e até que ponto, ao revés, se relaciona a espaços normativos de arbítrio, evitáveis ou redutíveis, e a lesões de fato no terreno judicial. E isto requer uma reconstrução analítica da fenomenologia do juízo e, a partir dela, uma nova fundamentação da epistemologia garantista e das técnicas legislativas e judiciais, idôneas para satisfazê-la.

Podemos chamar de *poder de cognição* à soma dos três primeiros poderes acima enumerados: do poder de indicação jurídica, do poder de verificação fática e do poder de conotação equitativa. A hipótese de trabalho que aqui será desenvolvida é que, enquanto os três espaços que constituem o poder de cognição são de certa forma irreduzíveis e fisiológicos, o espaço deixado em aberto ao *poder de disposição* é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder; e que as garantias penais e processuais representam precisamente aquele conjunto de técnicas de definição e de comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o

poder judicial arbitrário e a satisfazer o modelo, mesmo que de maneira parcial e tendenciosa. Ainda quando sua perfeita realização corresponda a uma utopia liberal, o modelo aqui delineado, uma vez traçados com precisão seus limites e requisitos, pode ser acolhido como parâmetro e como fundamento de racionalidade de qualquer sistema penal garantista. Ao mesmo tempo, ao haver sido sancionado em grande parte por nossa Constituição, como por todas as constituições evoluídas, o modelo pode ser utilizado, ademais, como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade – e, vice-versa, de invalidez ou ilegitimidade constitucional – de nossas instituições penais e processuais, e de seu funcionamento concreto.

2. OS MODELOS AUTORITÁRIOS

1. A epistemologia inquisitiva

Se o modelo garantista de legalidade penal e processual que até agora se tem descrito sumariamente não remonta há mais de dois séculos, suas lesões e refutações, tal como se manifestam nas divergências entre princípios e práxis mencionadas na introdução, envolvem uma tradição autoritária muito mais antiga e realmente jamais interrompida. Esta tradição é predominantemente o fruto irreflexivo e consolidado das práticas legislativas, judiciais ou policiais. Mas também envolve, como mostrarei na segunda e na terceira partes deste livro, doutrinas e modelos teóricos e políticos do direito penal parcial ou totalmente antitéticos do acima examinado: dos esquemas pré-modernos da inquisição às modernas teorias da prevenção especial, da defesa social ou do tipo normativo de autor, em suas múltiplas variantes moralistas, antropológicas, de decisão e de eficácia.

O modelo de direito e de processo penal que surge desta variegada tradição configura-se também, antes de como um conjunto de técnicas normativas e de práticas processuais, principalmente como uma epistemologia penal específica. E esta epistemologia – que chamarei inquisitiva ou, mais genericamente, antigarantista – pode ser caracterizada, por sua vez, conforme dois aspectos ou elementos simetricamente opostos aos dois requisitos, acima ilustrados, da epistemologia garantista e, como eles, relativos um à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio penal.

2. Substancialismo penal e cognitivismo ético

O primeiro aspecto da epistemologia antigarantista é a concepção não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou *substancialista* do desvio penalmente relevante. Segundo esta concepção, objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou anti-sociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição. Esta idéia, como veremos no parágrafo 27, tem tido muitas e diversas versões: das doutrinas moralistas, que consideram o delito um pecado, às naturalistas, que individualizam nele um signo de anormalidade ou de patologia psicofísica do sujeito, até as pragmáticas e utilitaristas, que lhe conferem relevância somente enquanto sintoma privilegiado e alarmante da periculosidade de seu autor.

No plano das técnicas jurídicas, estas representações se refletem em uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. A técnica mais difundida é a previsão de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idô-

neas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio – como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares – em vez de indicar univocamente tipos de delito empiricamente determináveis. Mas há ainda formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito ou de autor como delinqüente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico. Entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica do “delinqüente natural”, a doutrina nazista do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor” (*Tätertyp*) e a stalinista do “inimigo do povo”. Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento – das medidas de prevenção àquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia –, todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de “desocupado”, “vagabundo”, “propenso a delinquir”, “reincidente”, “delinqüente habitual” ou “profissional”, “de tendência delituosa” ou similares.¹⁷

De conformidade a estes critérios de definição substancial do desvio punível, produz-se um esvaziamento objetivo daquela garantia fundamental que é o princípio de estrita legalidade, em virtude do qual ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito. Como melhor veremos no parágrafo 28, a tentação comum a todas estas técnicas de atenuação ou dissolução da estrita legalidade penal é, na realidade, punir não *quia prohibitum*, senão *quia peccatum*, e, em consequência, perseguir nem tanto *pelo que se fez*, senão *pelo que é*. Contra o que sem tem dito a respeito do modelo formalista de identificação do desvio punível, o que fundamenta a relevância penal no modelo substancialista é diretamente qualquer pretendida *verdade* – sobre a natureza, a lesividade social, a imoralidade ou, em todo caso, qualquer qualidade ontológica do fato e do autor – e não, agora, apenas a autoridade da lei.¹⁸ Enquanto o convencionalismo penal comporta a rígida separação entre o direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, além da igualdade dos sujeitos e dos âmbitos seguros de liberdade negativa, o substancialismo penal, ao revés, está informado pela confusão entre direito e moral, ou entre direito e natureza, permitindo discriminações subjetivas e invasões incontroláveis na esfera de liberdade dos cidadãos.

3. Decisionismo processual e subjetivismo inquisitivo

O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o *decisionismo* processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subje-

tivas do que de provas de fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.

À atenuação ou dissolução da estrita legalidade se unem, assim, aquelas da estrita jurisdicionariedade: quer dizer, uma atenuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de rotulação e de inquisição do juiz, que vem a configurar-se, segundo a ocasião, como confessor, psicanalista ou terapeuta social, em todos os casos desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou o estético, degenera em juízo “sem verdade”: não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras de jogo – como o ônus da prova e o direito à defesa – que garantam a “verdade processual”, mas confiado à sabedoria dos juízes e à “verdade substancial” que eles possuem.

É claro que este modelo de juízo penal potestativo, em vez de cognitivo, tem uma intrínseca natureza autoritária. Seu fundamento é exatamente o inverso daquele próprio do modelo garantista: sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos que se devem comprovar, o juízo remete, na realidade, muito mais à *autoridade* do juiz do que à *verificação* empírica dos pressupostos típicos acusatórios. Por outra parte, seu caráter não cognitivo nem estritamente vinculado à lei contradiz sua natureza jurisdicional no sentido acima já determinado. Se, com efeito, “*juris-dição*” designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é *algo distinto* de jurisdição. Trata-se, precisamente, de uma atividade substancialmente “administrativa” – ou, se quisermos, “política” ou “governativa” – caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso. A estrita legalidade, como melhor veremos, constitui, ao final e ao cabo, o traço distintivo da jurisdição penal: no sentido de que de seus pronunciamentos, diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade pública, a lei pretende predeterminar não apenas as formas, mas também os conteúdos.

4. A alternativa entre verdade formal e verdade substancial

É interessante esclarecer, neste momento, o que pode parecer um paradoxo. As doutrinas substancialistas do direito penal sempre tiveram a pretensão de contrapor, diante do modelo penal estritamente legalista e convencional, uma fundamentação racional e cognitiva de tipo metajurídico e objetivo – moral, natural, material, social ou qualquer outro modo ontológico – da definição *in abstracto* do desvio punível, com o resultado, na ausência de critérios intersubjetivos em que fixar a pretendida fundamentação metajurídica, de permitir o mais incontrolável subjetivismo em sua determinação concreta. Pelo contrário, o modelo formalista do direito penal, mesmo porque assume expressamente o caráter voluntarista e intersubjetivamente convencional da definição do desvio, submetendo-a ao princípio da estrita legalidade, é o único que pode servir de base ao caráter empírico e

cognitivo e não potestativo de sua comprovação judicial e, por isso, fundamentar sua “es-trita jurisdicionariedade”. O paradoxo, naturalmente, só existe na aparência. Com efeito, só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos. O cognitivismo jurisdicional (*veritas, non auctoritas facit iudicium*) pressupõe, em suma, necessariamente o voluntarismo legislativo (*auctoritas, non veritas facit legem*), enquanto o pretendido cognitivismo normativo (*veritas, non auctoritas facit legem*) comporta de fato o mais completo voluntarismo judicial (*auctoritas, non veritas facit iudicium*).

A alternativa epistemológica entre os dois modelos – um estritamente juspositivista e o outro tendencialmente jurnaturalista – se manifesta, portanto, no distinto tipo de “verdade jurídica” por eles perseguida. A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal ou processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes.¹⁹ Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal ou processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do “formalismo”, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.²⁰

3. O PROBLEMA DA VERDADE PROCESSUAL

1. O juízo penal como saber-poder. Garantismo e verdade

A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade. Entre estes dois extremos, como demonstrarei no próximo

capítulo, se situam em distintas formas os diversos sistemas penais positivos e, em cada sistema, os subsistemas representados pelos diversos níveis e setores normativos nos quais pode ser diferenciado.

De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal – como ademais toda atividade judicial – é um “saber-poder”, quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é “nulo”;²¹ na prática costuma ocorrer que nulo é o saber. Existe, além disso, um nexó indissolúvel entre o esquema epistemológico de tipo convencionalista e cognitivista e o sistema das garantias penais e processuais: no sentido de que os vínculos metodológicos, assegurados pelo primeiro à definição e à comprovação do desvio punível como condições de *verdade*, correspondem aos limites normativos impostos pelo segundo ao abuso potestativo, como condições de validade.²² Inversamente, o despotismo penal é sempre produto do decisionismo, quer dizer, do arbítrio dos juízes e dos critérios substanciais considerados subjetivamente por eles na identificação dos pressupostos da pena, tanto se aquele procede do caráter indeterminado e/ou valorativo da definição legal do desvio, quanto se, ao revés, provém do caráter incontrolável de sua comprovação judicial.²³

Foi mérito do pensamento penal do iluminismo o reconhecimento dos nexos entre o garantismo, o convencionalismo legal e o cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo, de outro. A tese que aqui sustentarei é no sentido de que esses nexos não são excluídos pela impossibilidade epistemológica, antes mesmo que prática, de um perfeito cognitivismo judicial. Por certo, o modelo iluminista da perfeita “correspondência” entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico.²⁴ Disso se, pode, no entanto, salvaguardar o valor teórico e político se – e somente se – for redefinido como *modelo limite*, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser *mais* ou *menos* satisfeito. Na realidade, pode-se demonstrar que, ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionariedade e de seu grau de efetividade. De acordo com isso, diremos que as garantias legais e processuais, além de *garantias de liberdade*, são também *garantias de verdade*; e que “saber” e “poder” concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas.

A definição da noção de “verdade formal” ou “processual” e a análise das condições nas quais uma tese jurisdicional é (ou não é) “verificável” e “verificada” constituem, pois, o primeiro capítulo de uma teoria analítica do direito e do processo penal e, também, os principais parâmetros de um sistema penal garantista.²⁵ Sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo, que aqui chamei “cognitiva” ou “garantista”, termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções civis e políticas a ela associadas. Hoje, parece sem dúvida inadequado e não confiável o realismo gnosiológico vulgar, que esteve na base da concepção do iluminismo, do juiz como a “boca da lei”. O descrédito científico que acompanha esta concepção tem gerado, todavia, na cultura jurídica, na falta de alternativas epistemológicas adequadas, uma difusa desconfiança em face do mesmo

conceito de “verdade” no processo, alimentando atitudes cépticas e tentações decisionistas. A prevenção anticognitivistica de grande parte da ciência e da filosofia do direito foi acrescida, ademais, de outros dois fatores: antes de tudo, dos inegáveis aspectos discricionários e valorativos exibidos na prática judicial, mas em grande parte devidos à carência ou à debilidade de fato das garantias nos sistemas penais positivos; em segundo lugar, da idéia – que como veremos é produto de um juízo metafísico – de que a falta de critérios objetivos seguros para afirmar que uma tese judicial é verdadeira torna inservível ou até mesmo desorientado o próprio conceito de verdade processual.

Assim, faz parte do sentido e do uso comum afirmar que uma testemunha disse a verdade ou mentiu, que é verdadeira ou falsa a reconstrução de uma situação proporcionada pela acusação ou por uma alegação da defesa e que uma condenação ou uma absolvição é fundada ou infundada, segundo seja verdadeira ou falsa a versão dos fatos nelas contida e sua qualificação jurídica. O conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais puramente decisionistas, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional.

2. A concepção semântica da verdade processual como “correspondência”. Verdade fática e verdade jurídica

Meu intento de reabilitar o conceito de *verdade processual* no plano epistemológico partirá, antes de tudo, da análise do significado do predicado “verdadeiro”, associado, na medida do que é associável, a proposições que motivam um pronunciamento judicial. A tal fim, considerarei somente a jurisdição penal, em que o nexó exigido pelo princípio de estrita legalidade entre a “validez” da decisão e a “verdade” da motivação é mais forte do que qualquer outro tipo de atividade judicial.

Supondo abstratamente que tal princípio se torne satisfeito, o que um juiz penal comprova e declara como “verdadeiro” – quer dizer, o tipo de proposição da qual é predicado a verdade processual – é que “Tício cometeu ou não cometeu culpavelmente tal fato indicado na lei como delito”. Tal proposição pode ser decomposta, por sua vez, em duas proposições (ou juízos): uma *fática* ou *de fato* e outra *jurídica* ou *de direito*. A primeira é que “Tício cometeu culpavelmente tal fato” (por exemplo, causou em Caio, culpavelmente, uma ferida que se curou em dois meses); a segunda é que “tal fato está indicado na lei como delito” (segundo nosso Código Penal, como “lesões graves”). Ambas as proposições chamar-se-iam “assertivas”, “empíricas” ou “cognitivas” no sentido em que – e na medida em que – seja predicável sua verdade ou sua falsidade (isto é, sejam verificáveis ou refutáveis), conforme a investigação empírica. Precisamente, a verdade da primeira é uma *verdade fática*, enquanto seja comprovável pela *prova* da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito inculminado; a verdade da segunda é uma *verdade jurídica*, enquanto seja comprovável por meio da *interpretação* do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. A comprovação de uma das proposições é uma *quaestio facti*, resolúvel por via indutiva conforme os dados probatórios, enquanto a outra é uma *quaestio juris*, resolúvel por via dedutiva conforme o significado das palavras empregadas na lei.²⁶ A análise do conceito de “verdade processual” conduz, conseqüentemente, aos conceitos agora indicados de “verdade fática” e de “verdade jurídica”, nos quais pode ser decomposto.

Do meu modo de ver, pode-se deduzir uma caracterização semântica adequada destes dois conceitos dentro de um modelo ideal de jurisdição penal rigidamente cognitivo da definição de “verdade”, elaborada por Alfred Tarski, que é também uma estipulação geral das condições de uso do termo “verdadeiro”. Segundo esta definição, “uma proposição *P* é verdadeira se, e somente se, *p*”, onde “*P*” está para o nome metalinguístico da proposição e “*p*” para a própria proposição: por exemplo, “a oração ‘*a neve é branca*’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca”.²⁷ Se aplicarmos esta equivalência ao termo “verdadeiro”, tal como é predicável da proposição fática e da jurídica, nas quais pode ser decomposta a proposição “Tício cometeu culpavelmente tal fato definido na lei como delito”, obteremos, por substituição, as duas seguintes equivalências: a) “a proposição *Tício cometeu culpavelmente tal fato* é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato”; e b) “a proposição *tal fato está definido na lei como delito* é verdadeira se, e somente se, tal fato está definido na lei como delito”. Estas duas equivalências definem, respectivamente, a *verdade fática* e a *verdade jurídica*, a respeito das quais servem para esclarecer as diversas referências semânticas, que no primeiro caso são os *atos* ocorridos na realidade e no segundo as *normas* que a eles se referem. E definem, conjuntamente, a *verdade processual* (ou *formal*). Portanto, uma proposição jurisdicional será (processual ou formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido.²⁸

Esta definição da verdade processual, aparentemente trivial, constitui uma redefinição parcial – em referência à jurisdição penal – da noção intuitiva da verdade como “correspondência”,²⁹ que como se vê está também na base das doutrinas ilustradas da jurisdição como “verificação de fato” e “boca da lei”. Diferentemente de tais doutrinas – e igualmente àquelas das epistemologias realistas vulgares –, a redefinição tarskiana não se compromete, ademais, com o propósito metafísico da existência de uma correspondência ontológica entre as teses das quais se predica a verdade e a realidade às quais elas se referem,³⁰ mas limita-se a elucidar de maneira unívoca e precisa o significado do termo “verdadeiro”, como predicado metalinguístico de um enunciado. Não é, em suma, uma definição real, mas uma definição nominal. É esta uma precisão essencial, que no parágrafo 5.2 permitirá esclarecer a diferença entre a teoria da verdade como “correspondência”, que é uma teoria objetiva do *significado* do termo “verdadeiro”, e outras teorias a propósito da verdade, como a teoria da “coerência” e a da “aceitabilidade justificada”, que do meu modo de ver são, ao contrário, teorias subjetivas dos *critérios* de verdade. Pode-se afirmar, entretanto, que nossa definição de verdade processual, sendo um instrumento útil de análise para distinguir as diversas referências semânticas (da verdade) das proposições fáticas e das proposições jurisdicionais, não serve de ajuda alguma para a solução do problema relativo às condições na presença das quais podemos asseverar que tais proposições são verdadeiras.³¹ Esta teoria, com efeito, não subministra um critério objetivo ou realista de aceitação da verdade – que, como tem esclarecido o próprio Tarski, não existe³² –, mas se limita a indicar as condições de uso do termo “verdadeiro”, qualquer que seja a epistemologia adotada ou rechaçada.

Tal indicação representa, não obstante, uma contribuição decisiva também para a recolocação de nosso problema. Uma vez estabelecido que o termo “verdadeiro” pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de “correspondência”, é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos “verdadeiro” e “falso” para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles. A tal fim não é obstáculo de princípio o fato de que a linguagem judicial não seja uma lingua-

gem formalizada.³³ O que se exige é somente que seja uma linguagem tendencialmente isenta de termos vagos ou valorativos e de antinomias semânticas internas e isto, como demonstrarei no parágrafo 9, é exatamente o que o sistema das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionariedade pretende assegurar e que, ao contrário, resulta comprometido, junto com as condições de uso do termo “verdadeiro”, onde tais garantias faltem ou sejam violadas de qualquer forma.

3. A verdade processual como verdade aproximativa

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal”³⁴ inalcançável. A idéia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como “verdadeiras” no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas.³⁵ Ao máximo, podemos – e devemos – pretender que, quando se descubra a falsidade de uma ou de várias teses de uma teoria, esta deva ser rechaçada ou reformulada.³⁶

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de “aproximação” ou “acercamento” da verdade objetiva,³⁷ entendida esta como um “modelo” ou uma “idéia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar,³⁸ sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial,³⁹ mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior “poder de explicação” e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.⁴⁰

Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade *aproximada* a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Este ideal permanece apenas como um ideal. Mas nisto reside precisamente seu valor: é um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição, assim como a idéia de verdade objetiva é um princípio regulador (ou um modelo limite) na ciência. No plano semântico, com efeito, a verdade das teses judiciais não difere em princípio da verdade das teorias científicas. As diferenças podem ser registradas, se for o caso, com base em duas questões: alguns limites específicos deste tipo de verdade, que, como se verá no próximo parágrafo, se afasta do modelo ideal da correspondência também por causa de

fatores intrínsecos aos universos empíricos sobre os quais versam as proposições jurisdicionais; e, por outro lado, as condições semânticas e pragmáticas, também específicas, da verificabilidade e da verificação processual.

Nunca é suficiente insistir nesta segunda diferença. Nem as condições de uso do termo “verdadeiro”, nem as condições para asseverar que uma tese judicial é verdadeira são independentes do modo como está formado o sistema legal – com referência ao qual a verdade processual é predicável –, mas estão estreitamente ligadas às técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas. Estas técnicas, como demonstrei nos parágrafos 9 e 10, são as garantias penais e processuais na ausência das quais não se pode falar de *verdade* no processo nem sequer em sentido *aproximado*. Disso segue uma específica responsabilidade civil e política da ciência e da teoria do direito, as quais, diferentemente das ciências naturais, têm a particular característica, pela influência que exercem sobre a legislação e a jurisprudência, de contribuir para construir, e não só de representar ou reconstruir, seu objeto de indagação.

4. OS LIMITES DA VERDADE PROCESSUAL

1. A indução fática e a verdade provável da conclusão

As razões que fazem da verdade processual uma verdade inevitavelmente “aproximada” a respeito do modelo ideal de correspondência são, em parte, comuns e, em parte, distintas das que tornam aproximada a verdade existente nas teorias científicas. Indicarei esquematicamente quatro razões, consistentes todas em limites intrínsecos aos procedimentos de controle, tanto da verdade fática quanto da verdade jurídica das proposições judiciais. Sobre as técnicas para reduzir estes limites voltarei depois analiticamente nos parágrafos 9 e 10, quando aflorar o problema epistemológico da verificação processual e de suas garantias.

As duas primeiras razões estão ligadas à especial natureza das referências empíricas, tanto das proposições fáticas quanto das proposições jurídicas, que compõem as argumentações judiciais. Em um e outro caso se colocam problemas epistemológicos complexos, que aqui somente posso mencionar e que enfrentarei analiticamente no capítulo terceiro. Diante disso, deve-se salientar que a verdade processual, seja de fato seja de direito, não pode ser afirmada por observações diretas. A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de *classificatória*, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal. Ainda quando tanto as proposições judiciais de fato quanto as de direito sejam teses empíricas de forma existencial ou singular, compartilham com as teses das teorias científicas a não suscetibilidade a uma verificação experimental direta, como a permitida pelas proposições empíricas de observação.

Evidentemente, os problemas da verificação, e antes ainda da verificabilidade, se colocam de maneira bastante diferente para as proposições de fato e para as de direito. Para as proposições judiciais *fáticas*, são mais ou menos os mesmos que se colocam para a verificabilidade e a verificação de qualquer proposição *histórica*. Podem, portanto, beneficiar-se do debate e das reflexões epistemológicas desenvolvidas pela filosofia analítica a propósito desse tipo de proposição. Portanto, se excluirmos as teses absolutamente

cépticas da inverificabilidade dos discursos sobre o passado pela impossibilidade de sua verificação direta,⁴¹ podemos aceder à evidente tese de Clarence I. Lewis, segundo a qual a verdade dessas proposições pode ser enunciada somente pelos “efeitos” produzidos, quer dizer, os “sinais do passado” (*pastness*),⁴² deixados no presente pelos eventos passados, dos quais aqueles descrevem a ocorrência. Por exemplo, no caso descrito pela tese fática “Tício causou culpavelmente em Caio uma ferida que se curou em dois meses”, o juiz não pode experimentar diretamente a agressão de Tício, que, enquanto passada, é desde logo inacessível à experiência,⁴³ mas só pode captar sinais de lesões, históricos clínicos, peças de convicção, informações e similares, que lhe permitem reconstituí-la. Diferentemente da investigação histórica, que costuma afetar fatos muito mais remotos e que, portanto, consiste predominantemente em encontrar fontes preexistentes (documentos, inscrições, utensílios, ruínas, narrações alheias e assim sucessivamente) e só raramente em criar novas fontes (entrevistas e relatos orais, provas químicas ou radiográficas sobre fósseis ou manufaturas e similares), a investigação judicial não consiste somente na coleta de dados e peças de convicção, mas, sobretudo, em experimentar e produzir *novas fontes* de prova, como interrogatórios, testemunhos, acareações, reconhecimentos, perícias, inspeções judiciais etc. Todavia, o que o juiz experimenta não são os fatos delituosos objeto do juízo, mas suas provas. De modo não diverso do historiador, não pode, pois, examinar o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo o caso, à observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados.

Esta diferença entre “experimento” (de um fato presente) e “provas” (de um fato passado) fende profundamente o modelo ideal da verdade processual fática como correspondência objetiva. Sem necessidade de penetrar em todas as difíceis questões relativas ao conhecimento do passado,⁴⁴ pode-se realmente afirmar que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios” do presente. Esta ilação – realizada por um historiador, um juiz ou um detetive – pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além de generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação. E pode ser justificada, como demonstrarei no parágrafo 10, conforme o mesmo esquema nomológico-causal próprio da explicação científica. Como em todas as inferências indutivas, também na inferência historiográfica e na judicial, a conclusão tem, portanto, o valor de uma hipótese de *probabilidade* na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios. Sua verdade não está *demonstrada* como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução.⁴⁵ Uma confirmação disso é o fato de que um mesmo conjunto de acontecimentos e de dados probatórios, assim como um mesmo conjunto de observações ou de dados historiográficos, admite frequentemente várias explicações alternativas.⁴⁶ Todas as controvérsias judiciais fáticas podem ser concebidas, de modo ademais não diverso das científicas, como disputas entre hipóteses explicativas contraditórias – uma que inclui a tese da culpabilidade e a outra a da inocência do acusado –, mas ambas concordantes com as provas recolhidas. E a tarefa da investigação judicial, igualmente à de qualquer outro tipo de investigação ou explicação, é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior

capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade.

Diferentemente de outros tipos de investigação, a comprovação jurisdicional, sem dúvida, é obrigatória e deve ser concluída em algum momento: assim, pois, se o dilema não é resolúvel, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitabilidade da verdade processual; ademais, cada uma das hipóteses fáticas formuladas no processo pode ser desmentida por uma prova ulterior incompatível com aquelas, só até que, conforme outra regra jurídica, não intervenha a presunção legal de verdade da “coisa julgada”. Há, enfim, outra complicação. Posto que o juízo não costuma consistir apenas da comprovação do fato delituoso, mas também de suas circunstâncias, modalidades, contexto e motivações, as teses fáticas nele formuladas quase nunca se limitam à simples prova do delito, mas também implicam fatos antecedentes ou concorrentes com ele e, se for o caso, hipotetizáveis indutivamente como sua explicação, por sua vez mais ou menos plausível ou provável.

2. A dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas

Ainda mais afastada do modelo da “correspondência” se situa a verdade das proposições *jurídicas* ou *de direito*. Também a verificação jurídica, do mesmo modo que a fática, é o resultado de uma inferência: não, pois, da observação direta dos fatos, nem sequer da simples interpretação da lei, mas de um raciocínio comumente chamado “subsunção”, que tem a natureza de um procedimento classificatório. Diversamente do que se obtém indutivamente pelo exame das provas para a comprovação do fato que se tem que julgar, tal raciocínio consiste em uma inferência *dedutiva*, cuja conclusão é analiticamente verdadeira a respeito das premissas, mas tão *opinativa* quanto são estas últimas. E, precisamente, tem a forma de uma proposição condicional, que leva no antecedente a conjunção da definição legal do conceito jurídico classificatório (por exemplo, “são lesões graves” – ao teor do art. 583 do Código Penal^{NT1} – “as que põem em perigo a vida da pessoa ofendida ou mesmo produzem uma enfermidade ou uma incapacidade para exercer as ocupações normais por um tempo superior a quarenta dias ou a debilidade permanente de algum sentido ou de um órgão”) e da tese fática que descreve o fato provado (por exemplo, “Tício causou culpavelmente em Caio uma ferida que se curou em dois meses”) e, no conseqüente, a classificação do fato provado dentro da categoria dos fatos definidos pelo conceito jurídico classificatório.

É evidente que, para a validade de semelhante silogismo, é necessário, em primeiro lugar, que o conceito classificatório seja suficientemente preciso, como para permitir demarcações exclusivas e exaustivas a respeito das permitidas por outros conceitos ditados por normas concorrentes e, inclusive, a respeito da categoria dos fatos penalmente irrelevantes.⁴⁷ Esta precisão – como, ademais, ocorre em muitos conceitos classificatórios das ciências naturais – é quase sempre, segundo se sabe, insuficiente. Tome-se o caso já exemplificado das “lesões graves”, que corresponde a uma das figuras de delito definidas na lei de maneira mais precisa. Na presença de que condições se pode afirmar que a vida de uma pessoa é posta em perigo? Que significam “ocupações habituais” e “incapacidade” para atendê-las? Quando se pode falar de “debilidade permanente de um sentido ou de um órgão”? É apenas o caso de sublinhar que cada uma destas expressões admite uma pluralidade de interpretações distintas, todas elas opinativas,⁴⁸ e que o juiz tem o poder de escolher a que considere mais apropriada mediante uma decisão discricionária que pode ser mais ou menos arbitrária ou racional.⁴⁹

Em segundo lugar, a validade da subsunção depende da formulação da proposição fática que enuncia a imputação, ou seja, que descreve o fato que deve ser penalmente classificado. Este pode apresentar, como ocorre em muitas classificações jurídicas, características incertas, insuscetíveis de serem precisadas mediante posteriores investigações empíricas. Por exemplo, ainda quando o Código Penal tenha tentado precisar o conceito de “lesões graves” com critérios quantitativos no tocante ao estado de incapacidade do ofendido, para atender às ocupações habituais, pode resultar insuperável a insegurança sobre se uma fratura ou uma ferida produzida por corte, das quais, não obstante, sejam perfeitamente conhecidas todas suas características empíricas, inabilitaram a vítima além do tempo estabelecido pela norma. Assim também pode resultar incerto, inclusive depois de uma observação cuidadosa, se uma cicatriz é classificada sob a expressão “deformidade permanente no rosto”, com a qual o art. 583 do Código Penal define uma das hipóteses de “lesões gravíssimas”,^{NT2} sem falar das incertezas criadas pela possível intervenção, na subsunção, de conceitos jurídicos classificatórios ainda mais vagos ou problemáticos, como o “erro”, a “emoção”, a “futilidade” dos motivos, ou similares.

Estas dificuldades costumam ser contornadas mediante a formulação das proposições fáticas em termos total ou parcialmente jurídicos: por exemplo, nos termos de imputação o fato é descrito freqüentemente com as mesmas palavras da lei, como quando se imputa que foram causadas “lesões que produziram uma incapacidade para atender às ocupações habituais por mais de quarenta dias”^{NT3} ou “uma deformidade permanente no rosto”.^{NT4} Nestes casos o silogismo é perfeitamente válido. Mas é claro que as inferências classificatórias, que conduzem logicamente às teses de que o fato constitui, no primeiro caso, o delito de “lesões graves” e, no segundo, o de “lesões gravíssimas”, estão já realizadas, pelo menos predispostas sub-repticiamente, na formulação das premissas fáticas através de interpretações jurídicas operativas, mais ou menos opinativas dos fatos comprovados.⁵⁰ Ademais, como esclarecerei nos parágrafos 9 e 11, na aplicação da lei o sistema normativo funciona sempre, por assim dizer, como uma *língua*, quer dizer, como um sistema de regras de uso de palavras da *linguagem* jurídica, no qual se denominam e interpretam os fatos julgados.⁵¹ Os significados expressos na linguagem jurídica usada em sua aplicação operativa são tão ambíguos e opinativos quanto as regras de uso da língua jurídica ditas pelas normas.

3. A subjetividade específica do conhecimento judicial

Bastariam os dois limites até agora descritos – o caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais – para privar a verdade processual da certeza da verdade predicável das proposições experimentais singulares. Mas há um terceiro fator de incerteza, também insuperável. Trata-se do caráter não impessoal deste investigador particular legalmente qualificado que é o juiz. Este, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos.

A imagem proposta por Beccaria do juiz como “investigador imparcial do verdadeiro”⁵² é, sob este aspecto, fundamentalmente ingênua. Não é uma representação descritiva, mas uma fórmula prescritiva que equivale a um conjunto de cânones deontológicos: o compromisso do juiz de não se deixar condicionar por finalidades externas à investigação do verdadeiro, a honestidade intelectual que, como em qualquer atividade de investiga-

ção, deve encerrar o interesse prévio na obtenção de uma determinada verdade, a atitude “imparcial” a respeito dos interesses das partes em conflito e das distintas reconstruções e interpretações dos fatos por elas sustentadas, a independência do juízo e a ausência de preconceitos no exame e na valoração crítica das provas, além dos argumentos pertinentes para a qualificação jurídica dos fatos por ele considerados provados. Todas essas atitudes são certamente indispensáveis para dar vida ao modelo de processo que Beccaria denominava “*informativo*” (e que aqui tenho chamado de “*cognitivo*”), em oposição ao que ele chamava de “*ofensivo*”, onde “o juiz se torna inimigo do réu” e “busca apenas o delito no encarcerado. Vale-se de artifícios e acredita ter perdido se não alcança seu intento, em prejuízo daquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas”.⁵³ Mas aquelas não bastam para excluir por completo a subjetividade do juízo. Mais além das alterações desonestas e partidárias do verdadeiro, na realidade são possíveis e em certa medida inevitáveis as deformações involuntárias, devidas ao fato de que toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à *sua* interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito.

Deve-se reconhecer, não obstante, que tampouco este terceiro limite é próprio tão somente da investigação judicial. Em certa medida, é detectável em todas as formas de conhecimento empírico. Sem dúvida, é comum na investigação histórica. “Toda construção histórica” – escreve John Dewey – “é necessariamente seletiva”,⁵⁴ no sentido de que está sempre orientada por pontos de vista, interesses historiográficos e hipóteses interpretativas que induzem o historiador a evidenciar alguns fatos pretéritos em lugar de outros, a acentuar como significativos apenas alguns aspectos, a privilegiar algumas fontes e a descuidar de ou, inclusive, a ignorar outras, sem estar sequer em condições de reconhecer as distorções eventualmente operadas.⁵⁵ Mas o mesmo vale também para a investigação científica, que contra a ilusão metodológica da *tabula rasa*, sugerida por Bacon, parte igualmente de hipóteses de trabalho que orientam seus itinerários de investigação e, sobretudo, está condicionada pela enorme bagagem de teorias preexistentes, que costumam resistir tenazmente a serem desmentidas por novas observações.⁵⁶

Conforme o caso, pode-se dizer que, a respeito da investigação histórica e científica, as distorções involuntárias produzidas na atividade jurisdicional pela subjetividade do juiz resultam agravadas por três elementos, o primeiro extrínseco à natureza da jurisdição e os outros dois intrínsecos a ela. Antes de tudo, o objeto da investigação judicial costuma afetar mais no plano moral e emocional do que os da investigação histórica ou científica, ainda que não de modo maior porque o conhecimento judicial deve chegar necessariamente a uma decisão prática. Isto intensifica o distanciamento do juiz para com os eventos que tem a tarefa de comprovar, e torna mais árdua sua serenidade de decisão, a qual resulta mais diretamente influenciada por suas convicções morais e políticas pessoais e pelos condicionamentos culturais e sociais exercidos sobre ele pelo ambiente externo.

Em segundo lugar, enquanto a historiografia e as ciências naturais são capazes de autocorreção, ao estarem destinadas a sucumbir às hipóteses falsas ou inadequadas frente às refutações e críticas da comunidade de historiadores e de cientistas, o mesmo não ocorre com a jurisdição. O juiz na realidade é um investigador *exclusivo*, no sentido de que sua competência para investigar e julgar lhe está reservada por lei, de forma que, salvo o con-

traditório entre as partes que precede a sentença e afora os sucessivos graus de jurisdição, suas interpretações dos fatos e das leis não podem ser refutadas por hipóteses interpretativas mais adequadas e controladas, que, inclusive, se tornam consagradas ao final do processo pela autoridade da “coisa julgada”. Em decorrência disso, o erro judiciário, diversamente do erro historiográfico ou científico, jamais é fecundo,⁵⁷ pois suas conseqüências são em grande parte irreparáveis, especialmente se são produzidas em prejuízo do acusado. Sob este aspecto, o juiz está realmente *sozinho*, sem que exista qualquer possibilidade de controle intersubjetivo sobre sua operação, que vai mais além dos sujeitos do processo e dos procedimentos formais de impugnação.⁵⁸

Há, além disso, outro elemento de distorção subjetiva da verdade processual, que está ligado à deformação profissional específica do juiz. Vem constituído pelos filtros jurídicos interpostos entre o juiz e a realidade do mundo das normas, dentro do qual se devem subsumir os fatos que se têm que comprovar. Na interpretação que tenho denominado de “operativa”, a subsunção jurídica é na realidade uma operação apenas logicamente, mas não praticamente, diversa da comprovação fática. O conjunto das normas, como se mencionou, constitui nessa forma de interpretação uma língua que condiciona transcendentalmente a linguagem operativa do juiz e, por sua vez, sua aproximação aos fatos que devem ser julgados. Equivale assim a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo, que recorta os únicos elementos do fato que reputa penalmente “relevantes” e ignora todos os demais.⁵⁹ Está claro que esta disposição de ler a realidade *sub specie juris* gera uma forma especial de incompreensão, às vezes de cegueira, a respeito dos eventos julgados, cuja complexidade resulta por isso mesmo simplificada e distorcida.

À subjetividade do juiz se deve somar, ademais, na investigação judicial, a subjetividade de muitas fontes de prova, por sua vez não impessoais, como os interrogatórios, os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, as perícias e a mesma formulação da *notitia criminis* nos boletins policiais, nas denúncias e nas queixas. Esta subjetividade das fontes pode encontrar-se naturalmente também nos documentos utilizados pelo historiador, que podem refletir igualmente os pontos de vista parciais, emocionais ou interessados de quem os haja realizado. Os documentos interpretados pelo historiador, da mesma forma que as provas “documentais” em sentido estrito, utilizadas também no processo, são, contudo, como se disse, preexistentes à investigação e não já constituídas no curso dessa investigação. Está claro que a circunstância de que a maior parte das fontes judiciais, ao revés, seja produzida *para* a investigação dos fatos a que alude, e não *antes e independentemente* dessa investigação, aumenta os condicionamentos subjetivos, seja pela maior implicação emocional dos sujeitos dos quais provêm, seja pelo maior interesse no êxito da investigação que sobre elas pode pesar.⁶⁰ Em compensação, as provas judiciais podem apresentar, precisamente por sua natureza “artificial”,⁶¹ uma maior autenticidade. O processo é, por assim dizer, o único caso de “experimento historiográfico”. Nele, as fontes são funcionalizadas *ao vivo*, não apenas porque são recebidas diretamente, mas também porque são confrontadas entre si, submetidas a exames cruzados e chamadas a reproduzir o evento julgado, como em um psicodrama.

Compreende-se que esta maior autenticidade aparece apenas quando se tornam satisfeitas as garantias do juízo contraditório, da oralidade, da imediatez e da publicidade das provas, que caracterizam, como veremos, a forma do processo acusatório. Falta esta autenticidade, ao revés, no processo inquisitivo, em que as provas são aceitas em segredo e por escrito. Neste caso, as fontes de prova perdem não só vivacidade e degeneram em “documentos” do passado, mas também sofrem uma ulterior deformação subjetiva, aque-

la que deriva do método não impessoal de sua coleta, constituído pela *verbalização*. Esta, na realidade, não é um registro mecânico, mas um filtro ulterior inserido no processo de produção das provas e formado pela subjetividade dos declarantes (agentes de polícia, escrivães, secretários, membros do Ministério Público e outros sujeitos distintos do juiz). Estes reformulam as declarações em sua linguagem pessoal, submetendo-as inevitavelmente a seus esquemas jurídico-interpretativos, habitualmente acusatórios.⁶²

4. O método legal da comprovação processual

Há, enfim, um quarto fator de divergência entre a verdade processual e o modelo ideal da “correspondência”. Este último fator é de natureza especificamente jurídica e normativa, residindo nas condições necessárias à “convalidação” judicial das verdades adquiridas no processo. Diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade cognitiva, tanto a verdade fática das teses de fato e das alegações probatórias quanto a verdade jurídica das teses de direito e das interpretações das leis são predicáveis jurisdicionalmente sob a condição de que se observem regras e procedimentos que disciplinam sua comprovação e que imprimem a ambas um caráter *autoritativo* e convencional, em contraste com o da mera correspondência.⁶³

Estas regras são muito menos rígidas e numerosas no processo penal moderno do que no processo medieval, em que havia espaço para as chamadas “provas legais”, como, por exemplo, a confissão ou as declarações coincidentes de duas testemunhas oculares, às quais se costumava assinalar valor probatório *de jure*.⁶⁴ Mas ainda hoje, no atual processo informado pelo princípio da “livre apreciação do juiz”, continuamos disciplinando pelo menos o *método* de investigação e de formação da verdade processual. Pense-se, em nosso ordenamento, nos termos preclusivos (art. 173 do novo Código de Processo Penal), nas formas e condições de admissão das provas e na nulidades dos atos processuais por vícios formais (arts. 177-186), nos testemunhos inadmissíveis (arts. 196 e 197), na inutilidade das provas ilegítimamente adquiridas (arts. 191 e 526), nas exclusões interpostas nas investigações em face de segredo de Estado ou por outras modalidades de sigilo (arts. 200-203), na redução potestativa das listas de testemunhas por parte do juiz (art. 468, inciso 2). Pense-se, por outro lado, nas regras jurídicas expressamente epistemológicas, como as normas sobre as modalidades das investigações instrutórias, sobre a interpretação da lei penal e sobre a proibição de analogia, a presunção de não-culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova atribuído à acusação, o princípio *in dubio pro reo* e a presunção legal de verdade das teses contidas em sentenças transitadas em julgado. Por causa destas regras, a relação já mencionada entre verdade e validade, sobre a qual voltarei amplamente no parágrafo 37, resulta complicada: não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo. Esta é, com efeito, por assim dizer, uma *verdade normativa*, no tríplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas.

Muitas destas normas sobre a (formação da) verdade se dirigem a garantir contra o abuso e as prevaricações das partes, o desenrolar das investigações e do contraditório entre acusação e defesa. Outras, como a do *favor rei* no caso de dúvida, têm a função de elevar as margens de incerteza, em todo caso intrínsecas à verdade processual. Outras, ainda, têm a finalidade de vincular o juízo, exclusiva e exaustivamente, ao *thema deciden-*

dum, proibindo o juiz de se afastar das investigações sobre o “fato”, tal como exatamente enunciado na imputação (arts. 65 e 521, inciso 2, do Código de Processo Penal) e prescrevendo à acusação pública “desenvolver outras comprovações sobre os fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida às investigações” (arts. 358). Outras, enfim, servem para prevenir ou reduzir a excessiva subjetividade do juízo ou de suas fontes de prova, como as normas sobre a abstenção ou a recusa do juiz (arts. 36 e 37 do Código de Processo Penal), sobre a incompatibilidade com a função de testemunha (art. 197), contra o suborno e a falsa perícia ou o falso testemunho (arts. 377, 372 e 373 do Código Penal), sobre a proibição de as testemunhas expressarem valorações “sobre a moralidade do denunciado” ou “apreciações pessoais”, e sobre a obrigação do juiz de “avaliar sua credibilidade”, atendendo às suas “relações de parentesco ou de interesse” para com as partes e a outras “circunstâncias” (art. 194 do Código de Processo Penal). Todas estas regras, diversamente do que ocorre nas investigações científicas ou históricas, são indispensáveis no procedimento judicial, seja porque o juiz tem o dever de decidir também no caso de incerteza, seja, sobretudo, porque na ciência as comprovações infundadas, arbitrárias ou impertinentes costumam ser inútuas, ao serem descartadas sem necessidade de estatutos metodológicos constitutivos, enquanto na jurisdição devam ser previamente impedidas. É inegável, não obstante, que em geral as normas jurídicas em matéria de verdade e de provas substituem os critérios próprios da livre investigação por critérios autorizados de aquisição e de controle da verdade processual. O caso limite é o da *res judicata*, cujo caráter imperativo antes que cognitivo vem manifestado por sua capacidade, segundo um antigo brocardo, de poder contradizer a verdade até o ponto de *facere de albo nigrum et de quadrato rotundum*.⁶⁵ Por outro lado, nem todas as regras jurídicas sobre a verdade são regras “garantistas”, quer dizer, dirigidas a limitar o arbítrio dos juízes e sua tendência de acolherem verdades subjetivas e incontroladas. Podem ser consideradas como tais, sobre a base de nossa definição de verdade processual, somente aquelas cuja observação favoreça uma aproximação máxima a uma verdade objetiva⁶⁶ e a uma absolvição em caso de dúvida. Mas junto a estas regras, que correspondem às garantias processuais, existem outras que parecem orientadas a funções opostas. Basta pensar nas normas sobre o sigilo, inclusive na fase das investigações, ou nas normas que permitem a “leitura” dos debates nos atos de juízo oral, ou, pior ainda, naquela forma de subordinação legalmente autorizada que consiste em solicitar, junto com o oferecimento de redução de pena, o interesse subjetivo do réu em fazer declarações acusatórias ou, em todo caso, em pactuar sobre o conteúdo de suas imputações.⁶⁷

Há, então, numerosas normas e mecanismos processuais que entorpecem inutilmente a busca da verdade. Normas deste tipo chegaram ao seu máximo desenvolvimento nos velhos regimes inquisitivos, que inventaram “uma multiplicidade de formalidades”, “dilações”, “intrigas e labirintos”, cujo único efeito foi o de tornar “complicada a simples máquina dos juízos públicos”,⁶⁸ até o ponto de a história do procedimento penal parecer a Bentham “o contrário do das demais ciências: nas ciências se vão simplificando cada vez mais os procedimentos acerca do passado; na jurisprudência, ao contrário, se vão complicando cada vez mais. Enquanto todas as artes progredem multiplicando os resultados com o emprego de meios mais reduzidos, a jurisprudência retrocede, multiplicando os meios e reduzindo os resultados”.⁶⁹ Hoje, em relação ao processo pré-moderno, esse percurso inverteu-se. Mas ainda são muitos, como veremos, os impedimentos processuais que obstaculizam ou atrasam inutilmente a investigação judicial e sua possibilidade de controle, afastando-a da consecução da verdade em vez de dela se aproximar. Ao mundo das normas substantivas, que

necessariamente circunscreve a esfera da relevância penal, se acrescenta assim um mundo de procedimentos, de ritos e liturgias, que nem sempre necessariamente, e às vezes insensatamente, condiciona e desvia a busca da verdade processual. Daí resulta, entre outras coisas, uma ulterior deformação profissional da subjetividade do juiz e dos demais homens de leis que se movem no processo, quer dizer, essa específica cerceação do “espírito forense, espírito de litígio, enredo e cabala”,⁷⁰ que ainda hoje os torna mestres em complicar o que é simples e em simplificar o que é complexo, de modo a fazer com que Bentham definisse a jurisprudência como “a arte de ignorar metodicamente o que é conhecido do mundo inteiro”.⁷¹

5. A DECIDIBILIDADE DA VERDADE PROCESSUAL

1. Iluministas iludidos e iluministas desiludidos

Os quatro limites supracomentados comprometem indubitavelmente a certeza e a objetividade da verdade processual, afastando-a do modelo ideal da verdade como “correspondência”. De todos, os três primeiros são em grande parte comuns ao conhecimento científico e ao histórico, enquanto o quarto é especificamente próprio do conhecimento judicial. Estes limites, não obstante, ainda que convertam em *aproximativa* a verdade processual, não lhe conferem um estatuto semântico diverso daquele da verdade em geral. Os quatro, ademais, ainda quando *irreduzíveis* além de certa medida, são nessa medida *reduzíveis* a sistemas apropriados de regras e de garantias, além de a um conhecimento adequado por parte dos juizes acerca da lógica do juízo.

A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade “objetiva” e se tomasse ao pé da letra o princípio *in dubio pro reo*, as margens irreduzíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avaliar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas.

Estas duas posições são inaceitáveis. A alternativa entre o mito iluminista da certeza jurídica objetiva e o decisionismo subjetivista no direito é comparável àquela outra, recorrente desde sempre na história da filosofia do conhecimento, entre dogmatismo realista e cepticismo relativista, quer dizer, entre a pretensão de que a ciência esteja dotada de verdade absoluta (ou possa consegui-la ou justificá-la definitivamente) e a idéia de que a verdade é inacessível e a escolha entre teorias concorrentes é arbitrária. É mérito de Popper haver demonstrado que estas duas posições são os dois lados da mesma moeda. Os “irracionaisistas” e os “cépticos”, diz, são na realidade “verificacionistas” e “justificacionistas desenganados”.⁷² ao haverem dirigido inutilmente seus esforços no sentido do descobrimento de inexistentes critérios de verdade absoluta e tentado “em vão de demonstrar que é possível justificar as crenças científicas”, “estimulam, com seu fracasso, a retirada para o irracionalismo”.⁷³

A mesma argumentação pode valer, mais ou menos, para o conhecimento judicial. Também os decisionistas em matéria processual são mui freqüentemente iluministas desiludidos. O fato de a investigação judicial não estar condicionada a alcançar a verdade objetiva, de estar condicionada pela subjetividade e até pela neutralidade do juiz, enfim, de haver lugar ali para momentos de decisão – todos elementos comuns, ainda que em distinta medida, à investigação científica⁷⁴ – pode na realidade conduzir a soluções decisionistas, sobretudo a

quem não consiga conceber a busca da verdade no processo, senão segundo o velho espelho iluminista da aplicação mecânica da lei ao fato infalivelmente comprovado. O resultado do irracionalismo no direito, contudo, é incomparavelmente mais grave. Com efeito, se o mundo segue em frente e as ciências naturais progredem no aumento de seu conhecimento, a despeito dos irracionalistas desiludidos, no direito tanto a ciência quanto seu objeto são um produto dos homens e dependem do quanto eles, por interesse e cultura, pensam e querem em torno ao direito. Por isso, uma opção teórica do tipo decisionista, pouco importa se devida à desconfiança céptica ou à convencida adesão política, favorece de fato a fundação de sistemas jurídicos com legalidade atenuada e modelos de intervenção penal do tipo potestativo e antigarantista. Enquanto isso, o reconhecimento da insuprimível, mas sempre relativa e redutível, certeza da verdade processual é o pressuposto necessário para nele se embasarem, no plano teórico e prático, critérios mais racionais de comprovação e de controle, além de certos hábitos de investigação mais rigorosos, e uma maior prudência no juízo.

Resta o fato de que no entrelaçamento de “saber” e “poder”, no qual identifiquei a atividade jurisdicional, sempre há margens mais ou menos amplas de discricionariedade potestativa, mas redutíveis além de certos limites. Estas margens, na medida em que resultam artificialmente excluídas por normas jurídicas – através de ficções ou presunções –, na prática são preenchidas por via da autoridade, mediante “verdades substanciais” remetidas à decisão discricionária do juiz. Podem estender-se até o ponto (mas em tal caso não são em absoluto “irredutíveis”) de excluírem totalmente o caráter cognitivo da motivação judicial e, por isso, as condições de uso, no processo, da palavra “verdade”. A tarefa principal da epistemologia penal garantista é a de elucidar as condições que permitam restringir, do melhor modo possível, essas margens e, portanto, basear o juízo (em decisões) sobre a verdade processual em vez de (em decisões) sobre valores de outra modalidade.

Podemos chamar “*decidibilidade* da verdade processual” e “*decisão* sobre a verdade processual”, respectivamente, à verificabilidade (e falseabilidade) e à verificação (ou refutação) das motivações judiciais, e configurar a alternativa epistemológica entre garantismo e autoritarismo no direito penal como uma alternativa entre a presença e a ausência das condições – ou *garantias* – que asseguram um ou outro. Ali onde a verdade seja *indeterminável* e/ou *indeterminada*, a decisão judicial na realidade é tomada segundo outros critérios, relativos a valores distintos do “verdadeiro” e do “falso” e, diferentemente destes, inteiramente confiados à discricionariedade do juiz. Ali onde, ao contrário, seja determinável, a decisão do juiz é controlada e (relativamente) vinculada, mas em tal caso deve-se esclarecer sua natureza específica, explicando as escolhas que igualmente intervêm na aceitação da verdade fática e da verdade jurídica, ademais dos critérios e das regras que as justificam.

2. Três silogismos judiciais: indução, dedução e disposição. Significado e critérios de verdade

Para se compreender a natureza das decisões com as quais se aceita a verdade processual, é necessário analisar ulteriormente o *raciocínio judicial* que consiste na aplicação da lei. Tal raciocínio não tem sequer formalmente a estrutura lógica do “silogismo prático perfeito”, imaginado por Beccaria⁷⁵ e transmitido pela Escolástica formalista. Nenhuma das duas operações com as quais se alcança a verdade processual – nem a indução constituída pela prova do fato nem a dedução constituída por sua qualificação jurídica – é na realidade um silogismo “prático”, quer dizer, uma implicação em cujas premissas e conclusão apareçam proposições normativas. As premissas e as conclusões de ambas as infe-

rências, que compõem conjuntamente a *motivação* judicial, têm a forma de proposições afirmativas. Premissas e conclusões normativas aparecem apenas na derivação do *dispositivo da sentença*, a partir da conjunção da motivação com uma ou mais normas.

O raciocínio judicial, que analisarei amplamente nos parágrafos 9 e 10, se compõe em suma não de uma, senão de três inferências, das quais cada uma é logicamente antecedente das outras: 1) uma *inferência indutiva* (prova ou indução fática), cuja conclusão de fato, *CF*, é que “Tício cometeu o fato *F*” (por exemplo, ocasionou lesões em Caio, com duração maior de 40 dias) e cujas premissas são o conjunto das provas coletadas; 2) uma *inferência dedutiva* (subsunção ou dedução jurídica), cuja conclusão de direito, *CG*, é que “Tício cometeu o delito *G*” (em nosso exemplo, “lesões graves”) e cujas premissas são a tese *CF* e a definição jurídica (parcial) “o fato *F* (por exemplo, causar em outrem lesões com duração maior de 40 dias) configura (conforme o art. 590 do Código Penal) o delito *G* (em nosso exemplo, ‘lesões graves’)”); 3) um *silogismo prático* (ou disposição), cuja conclusão dispositiva *CD* é a norma “Tício deve ser punido com a pena *P*” e cujas premissas são a tese *CG* e a norma “quem cometer o delito *G* deve ser punido com a pena *P*”.

Destes três silogismos, apenas o terceiro inclui normas e por isso é qualificável – não importa o que se pense sobre sua natureza lógica ou paralógica⁷⁶ – como “prático” ou “deôntico”. Os dois primeiros, que são os únicos que interessam aos propósitos da decisão da verdade processual, são, ao contrário, silogismos teóricos. Portanto, se faltarem os dois silogismos teóricos e a verdade da motivação – ou seja, de *CF* e/ou de *CG* – seja indeterminada ou indeterminável, o chamado silogismo prático resulta inteiramente formado por argumentos não cognitivos e a sentença fundada sobre uma motivação puramente *discrionária*. Em tal caso, contudo, não se pode falar, em qualquer sentido, de “silogismo”, senão apenas de opções ou valorações desvinculadas de qualquer referência empírica.⁷⁷ Somente se os dois silogismos teóricos permitirem decidir a verdade da motivação, o silogismo prático (afora a determinação da medida da pena, ali onde esta exatamente tampouco tenha sido predeterminada) será mecânico ou “perfeito”. Mas neste caso serão imperfeitos os dois silogismos teóricos, que incluem decisões e escolhas subjetivas dirigidas a justificar a aceitação da verdade processual, mediante a solução das incertezas de fato e de direito antes enunciadas. Mais precisamente, a indução fática inclui escolhas na decisão da conclusão de fato, inevitavelmente *probabilistas*, enquanto a dedução jurídica inclui escolhas na decisão das premissas de direito, inevitavelmente *opinativas* e igualmente subjetivas.

Esta subjetividade das decisões sobre a verdade processual não tem nada de particular. Decisões e escolhas pragmáticas do tipo analógico, as quais intervêm no conhecimento judicial, tanto fático quanto jurídico, são necessárias, como sabemos, para justificar a verdade de qualquer afirmação empírica. Nas teorias científicas, por exemplo, presidem elas a aceitação das teses primitivas, quer dizer, dos postulados e das definições que constituem as premissas dos raciocínios dedutivos e, por outro lado, a indução das leis científicas que, como se sabe, jamais são, por sua forma universal, inteiramente verificáveis, mas apenas aceitáveis como mais ou menos prováveis ou plausíveis pelo seu grau de confirmação e sua capacidade explicativa. É sobre este caráter relativo e provisório – voluntarista, mas funcional – do conhecimento científico que se baseia o convencionalismo de grande parte da epistemologia contemporânea. As teorias científicas – segundo a representação subministrada que delas se faz desde o começo do século por Poincaré, Le Roy e Duhem e coletada e desenvolvida sucessivamente pelas diversas correntes do neopositivismo e do pragmatismo – não são mais do que sistemas de proposições dotados de

coerência lógica, baseados sobre axiomas estipulados convencionalmente em função de sua simplicidade e comodidade e mais ou menos justificados e contingentemente aceitáveis em conjunto como verdadeiros, em vista de suas aplicações e consequências práticas.⁷⁸

Tudo isso não comporta em absoluto, contudo, que se tenha que repudiar a teoria *semântica* da verdade como *correspondência*. Frequentemente, as concepções convencionalistas do conhecimento contrapõem a esta teoria – considerada inadequada por causa da inalcançabilidade de uma verdade “objetiva” – a teoria *sintática* da verdade como *coerência*⁷⁹ e/ou a *pragmática* da verdade como *aceitabilidade justificada*.⁸⁰ Como reflexo, alguns filósofos do direito têm proposto alternativas análogas a respeito da noção da verdade como correspondência para explicar o conceito de verdade na ciência e na prática jurídica.⁸¹

Tenho a impressão de que a contraposição entre estas teorias ou noções nasce de um equívoco. A noção semântica é na realidade assimétrica em relação às outras duas. Enquanto a “correspondência”, pelo menos na definição de Tarski, é o *significado* da palavra “verdade”, a “coerência” e a “aceitabilidade justificada” são, ao contrário, *critérios* de (decisão da) verdade. Precisamente, a coerência é o critério que implica considerar falsa uma proposição se estiver em contradição com outra reputada verdadeira ou se é derivável desta outra reputada falsa, e considerá-la verdadeira se é derivada de outra reputada verdadeira ou se estiver em contradição com outra considerada falsa. A aceitabilidade justificada é o critério que permite reputar verdadeira uma proposição preferentemente a outra, quando, de acordo com outras aceitas como verdadeiras, resulte dotada de maior alcance empírico, como conclusão de uma inferência indutiva ou como premissa de uma inferência dedutiva.

Já disse no parágrafo 3.2 que o significado de “correspondência”, associado ao termo “verdadeiro”, nada afirma acerca dos *critérios de verdade*, ou seja, das condições de aceitação da verdade de uma proposição. Acrescento agora que nem o critério da “coerência” nem o da “aceitabilidade justificada” expressam de algum modo o *significado* de “verdade”, ou seja, as condições de uso do termo “verdadeiro”. Quando um juiz impõe a uma testemunha que se comprometa a dizer toda a verdade, não lhe pede que não entre em contradição, mas que diga como ocorreram realmente as coisas; não se contenta com o fato de que subministre justificações cômodas ou plausíveis de seu depoimento, mas exige que este depoimento corresponda àquilo que seja de seu conhecimento.⁸² A coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra “verdadeiro” – como das palavras “confiável”, “provável”, “verossímil”, “plausível” ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas.

Por isso, não tem sentido contrapor a coerência e/ou a aceitabilidade justificada à correspondência. Aqueles dois critérios, dada a obrigação de julgar do juiz, são necessários no plano sintático e no pragmático para estabelecer a verdade precisamente porque esta é caracterizável, no plano semântico, como *correspondência* apenas *pelo que sabemos* e somente de forma *aproximativa*: a coerência, para afirmar que a tese avençada está confirmada e/ou não desmetida por uma ou por várias provas coletadas e por uma ou várias interpretações jurídicas de outras normas e que, portanto, é verdadeira em relação ao conjunto dos conhecimentos de que dispomos; a aceitabilidade justificada, para afirmar que tal conjunto, incluída a tese avençada, é mais satisfatório ou plausivelmente verdadeiro que qualquer outro por causa de sua maior capacidade explicativa. Não é inútil, ade-

mais, acentuar – com vistas às acusações de que se fez objeto a concepção semântica de verdade, por parte de alguns pós-empiristas⁸³ – que esta concepção é a única que se acomoda a uma atitude epistemológica não dogmática, assim como permite pensar que uma teoria poderia ser falsa inclusive se fosse perfeitamente coerente e aceita por todos como verdadeira (ou verdadeira ainda que não compartilhada por ninguém e em contraste com outras teses experimentadas com êxito); igualmente permite sustentar a hipótese de que um acusado possa ser inocente (ou culpado), ainda que tal hipótese tenha sido rechaçada em todas as instâncias de um processo e esteja em contradição com todas as provas disponíveis.

3. Modelos de justificação no direito. A legitimação cognitivista da jurisdição

A distinção agora realizada entre “significado” e “critérios” de verdade pode parecer talvez uma sutileza. Na realidade, é essencial – e mais ainda na teoria do direito do que na teoria da ciência – para fundamentar no plano metateórico e normativo modelos de motivação ou justificação racional das decisões jurídicas adequadas aos diversos setores do ordenamento e aos variados fins e valores políticos que os presidem. É essencial, sobretudo, para fundamentar teoricamente e para garantir a racionalidade específica das decisões penais.⁸⁴

Na realidade, em si mesmos, os critérios subjetivos da coerência e da aceitabilidade justificada, ainda quando elaborados no âmbito epistemológico, não são apenas critérios de verdade. Também podem ser critérios de moralidade, de conveniência, de eficiência ou inclusive de outros tipos.⁸⁵ Isto se pode dizer tanto da versão “instrumentalista”, proposta por Dewey ou por Bridgman, segundo a qual a aceitação de um sistema coerente de proposições justifica-se por sua capacidade de transformar com êxito a realidade no sentido desejado,⁸⁶ quanto da mais recente concepção “consensualista”, proposta, por exemplo, por Thomas Kuhn, segundo a qual aquela estará justificada pelo consenso que lhe outorga a comunidade científica.⁸⁷ Naturalmente, aplicados ao conhecimento científico, tais critérios funcionam de fato, qualquer que seja a epistemologia adotada ou rechaçada, como critérios de decisão sobre a verdade: o êxito prático, a eficácia operativa ou o consenso da comunidade científica podem ser concebidos na realidade como “provas” ou “indícios”, dos quais se pode inferir indutivamente – e conforme aos quais se pode decidir provisoriamente – a verdade de uma teoria, independentemente dos fins de suas rentáveis aplicações práticas. Uma teoria, em outras palavras, só é “útil” ou “satisfaz” pragmaticamente se e na medida em que seja “verdadeira”, no sentido *supra* elucidado.

No mundo do direito e em geral da prática, uma decisão pode, ao contrário, revelar-se “útil” ou “satisfatória” e ser, portanto, “aceita” ou “justificada” em algum sentido da palavra, inclusive prescindindo da verdade de suas motivações e até de sua capacidade para serem qualificadas como verdadeiras ou falsas. Consequentemente, os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada valem naquele mundo como critérios de decisão não apenas sobre a verdade, mas também – inclusive predominantemente – sobre outros valores. É o caso de toda a atividade de governo – administrativa, econômica e política –, cujos parâmetros de justificação racional e de legitimação política vêm constituídos, sem mais, pelo êxito prático da satisfação do interesse público ou com o consenso majoritário, resultando secundário nessa atividade, e até mesmo impertinente, o requisito da verdade dos pressupostos das decisões.

De modo inverso, semelhantes modelos de justificação são inaceitáveis na jurisdição e mais do que nunca na jurisdição penal. Para justificar as decisões que concluem um

juízo penal não basta – se se adegir a uma posição garantista – que tenham “êxito” ou que genericamente “satisfçam” as funções de prevenção e de segurança, que igualmente são próprias do direito penal. Nem basta que recebam o consenso da comunidade. Nem uma amplíssima maioria e nem sequer a totalidade dos consentidos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida à prova. Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos. Este é, como se verá, um postulado político fundamental do liberalismo penal, que exclui tanto a justificação meramente instrumentalista ou utilitarista quanto a consensualista ou democrática das decisões punitivas. No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a “verdade” precisamente no sentido da “correspondência” mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis.

Certamente, este esquema cognitivo de justificação das decisões é bastante mais rígido e exigente que outros esquemas puramente decisionistas – moralistas, efficientistas ou consensualistas – que também têm sido teorizados e, mais ainda, praticados na história do direito penal. Apesar disso, contudo, só pode ser satisfeito de forma tendencial e sempre imperfeita. Também é claro que sua defesa reflete uma opção política a favor de um modelo de direito penal idôneo para limitar o arbtrio punitivo e para tutelar ao máximo a liberdade dos cidadãos. Todavia, o que se exige no plano epistemológico e político é precisamente o que o modelo penal garantista, acolhido nas Constituições modernas, exige normativamente no plano jurídico: que a legitimidade das decisões penais se condicione à verdade empírica de suas motivações.

4. O problema do garantismo penal

O nexo entre legitimidade e verdade que assegura este esquema, ao mesmo tempo epistemológico e normativo, define a natureza específica da jurisdição no moderno Estado de direito. Representa o fundamento político da divisão de poderes, da independência do Poder Judiciário e de sua sujeição *somente* à lei. A função judicial, e particularmente a penal, difere assim de todas as demais funções do Estado, porque é uma atividade cognitiva, onde as escolhas e as decisões vêm justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, mas sempre relacionados, como qualquer outra forma de conhecimento, à busca da verdade objetiva. Está claro que, diversamente do conhecimento científico, as decisões sobre a verdade que intervêm no juízo penal expressam um *poder*, dado que formam o pressuposto do silogismo prático que se conclui numa sentença, seja de absolvição seja de condenação. Trata-se, contudo, de um poder de “comprovação” ou de “verificação”, diverso de qualquer outro poder público e tipicamente próprio da função judicial.

Embora jamais seja “nulo” nem sequer “anulável”, este poder pode ser mais ou menos extenso, segundo os espaços de discricionariedade determinados pelos quatro limites intrínsecos à verdade processual, que assinalarei mais acima. Pode transformar-se em poder “de disposição”, quando, segundo se verá no parágrafo 12, tais espaços ultrapassem as fronteiras do arbtrio. Em tal caso, ao faltarem as condições mínimas de decidibilidade da verdade

processual, as decisões judiciais não versam sobre a verdade, mas sobre outros valores. Dever-se-á, pois, falar, em vez de alternativa entre garantismo e autoritarismo, como por simplicidade se fez até agora, de *graus de garantismo* dos sistemas penais concretos, segundo o grau de decidibilidade da verdade processual que normativamente permitam e efetivamente satisfaçam. Na realidade, posto que as condições de decidibilidade, não menos do que os critérios de decisão da verdade processual, são também condições e critérios jurídico-normativos, depende da estrutura legal do ordenamento penal e processual o fato de o Poder Judiciário ser predominantemente poder de cognição ou prevalentemente poder de disposição.

Esta é uma diferença substancial – que também pode funcionar a favor da cognição judicial – entre a decidibilidade da verdade processual e a decidibilidade da verdade científica. O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo lingüístico *artificial* que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático. Estas técnicas – que correspondem a outros tantos limites, garantias ou condições de legitimidade do exercício do poder judicial – serão analisadas na terceira parte. Contudo, a partir do próximo capítulo tornarei preponderante sua formalização dentro de um sistema de princípios que chamarei “cognitivo” ou “garantista”, em referência a outros sistemas cujo grau de garantismo seja decrescente, por carecerem no plano das normas e/ou das práticas de um ou vários desses princípios. De acordo com isso, será possível, no capítulo terceiro, desenvolver uma análise epistemológica da cognição judicial e distinguir as variadas formas de poder que com ela concorrem.

NOTAS

⁽¹⁾ Sobre o problema penal na época do iluminismo me limito a recordar F. Costa, *Delitti e pena nella storia della filosofia*, Facchi, Milano, 1924, p. 97-188; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Bocca, Torino, 1932, p. 23-68; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, Milano, 1966; idem, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, De Salvia, Ferrara, 1974; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bologna, 1976, cap. VIII; M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigionia*, Einaudi, Torino, 1966.

⁽²⁾ Sobre a ambivalência do utilitarismo penal, cf. *infra* o parágrafo 20.2. Sobre as duas possíveis configurações do positivismo jurídico e do princípio da legalidade, vejam-se os parágrafos 26, 28.3, 57 e 58.

⁽³⁾ No sentido aqui proposto, “reguladora” é toda norma que *regula* um comportamento, quer dizer, que o qualifica deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório, condicionando a produção dos efeitos jurídicos previstos por ela na sua comissão ou omissão. “Constitutiva”, ao revés, é toda norma que *constitui* imediatamente – quer dizer, sem a mediação de comportamentos que impliquem sua observância ou inobservância – efeitos e/ou qualificações jurídicas. Esta noção de “norma constitutiva”, como precisarei no parágrafo 36, se afasta um pouco das – mais restritas – elaboradas e discutidas na literatura filosófico-analítica (cf. a nota 152 do capítulo 8). Tal divergência de significado depende de que para nossos fins interessa sobretudo isolar e definir a estrutura “reguladora” das normas penais, que será adotada como um dos requisitos de nosso modelo penal garantista, e só por contraposição a das normas constitutivas, que está, ao contrário, no centro dos interesses da recente filosofia jurídico-analítica. No sentido aqui proposto, além disso, a distinção resulta correlacionada

à não menos importante entre sentenças de comprovação (ou declarativas ou cognitivas) e sentenças constitutivas, das quais tratarei na nota 8.

⁽⁴⁾ “Doutrinae quidem verae esse possunt; sed autoritas, non veritas, facit legem” (T. Hobbes, *Leviathan, sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis* (1651), trad. latina (1670), in *Opera philosophica quae latine scriptis omnia*, compiladas por W. Molesworth (1839-1845, reimpressão Scientia, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202). Uma máxima quase idêntica é enunciada por Hobbes em *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England* (1681), in *The English works*, org. por W. Molesworth (1839-45), reimpressão, Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: “It is not wisdom, but authority that makes a law”. A máxima recolhe o princípio utilitarista enunciado por Ulpiano (*Istitutionum*) “quod principi placuit legis habet vigorem” (D. 1.4.1), mas expressa ainda mais eficazmente o contraste entre juspositivismo e jusnaturalismo e entre convencionalismo e substancialismo. Cf. também T. Hobbes (*Leviathan*, 1651), trad. it. de M. Vinciguerra, *Leviatano*, Laterza, Bari, 1911, vol. I, XXVI, p. 222: “o que constitui a lei não é essa *juris prudentia* ou sabedoria de juizes subordinados, mas a razão deste homem artificial, nosso, que chamamos Estado, e o que ele manda”.

⁽⁵⁾ T. Hobbes, *A dialogue*, cit., trad. it., de N. Bobbio, *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comuned'Inghilterra*, in *Opere politiche*, Utet, Torino, 1959, I, p. 422; idem, *Elementa philosophica. De cive* (1647), trad. it. de N. Bobbio, *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere politiche*, cit., IX, 9, p. 205, XIII, 15, p. 260 e XIV, 3, p. 267-268; idem, *Leviatano*, cit., XXI, p. 174 e 180. Esta concepção da liberdade civil como liberdade negativa garantida pelas leis é o traço distintivo de toda a tradição liberal iluminista. Cf. J. Locke, *Second treatise of government* (1690, trad. it. de L. Pareyson, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, Utet, Torino, 1968, cap. IV, par. 21, p. 255: “A liberdade do homem em sociedade é uma liberdade para seguir os ditados de minha própria vontade em todas essas coisas que não têm sido prescritas por tal norma; um não estar sujeito à constante, incerta, desconhecida e arbitrária vontade de outro homem”; ibidem, cap. VI, par. 57, p. 281: “Ali onde a lei não existe, tampouco há liberdade. Pois a liberdade consiste em estar livre da violência dos outros, o que não pode ser logrado onde não há lei”; Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), in *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1951, vol. II, XI, 4, p. 395: “a liberdade política” reaparece sempre quando “ninguém está obrigado a fazer as coisas não preceituadas pela lei, e a não fazer as permitidas”; D. Diderot, *Liberté civile*, voz da *Encyclopédie des sciences*, Imprimerie des Éditeurs, Livorno, 1770-1775, t. IX, p. 427: “Esta liberdade civil consiste em não poder ser obrigado a fazer uma coisa que a lei não ordena... A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”; Voltaire, *Tableau du gouvernement anglais*, in *Questions sur l'Encyclopédie* (1771), trad. it. de P. Serini, *Del governo inglese*, in *Scritti filosofici*, Laterza, Bari, 1972, vol. II, p. 597: “Ser livre significa depender somente das leis”; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Ed. di Livorno de 1766, a cargo de F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, VIII, p. 25: “A opinião que qualquer destes (cidadãos) deve ter, de poder fazer tudo aquilo que não é contrário às leis, sem temer outro inconveniente que o que pode nascer da mesma ação, deveria ser o dogma político dos povos crédulos e predicado pelos magistrados com a incorrupta observância das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima”; F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), Napoli, 1799, I, p. 15: “A liberdade civil na faculdade consiste em poder servir-se de seus direitos, sem qualquer impedimento. É a faculdade, como disse Cícero, de fazer tudo o que nos agrada, contanto que não esteja proibido pela lei”: que é, afinal e ao cabo, a máxima clássica: “libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur” (Florentinus, *9 institutionum*, D. 1.5.4).

O nexo entre legalidade e liberdade – que é um dos elementos fundamentais da estrutura do Estado de direito (*infra*, nota 23 e parágrafo 57) – foi expressamente sancionado pelo art. 5 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e acolhido depois pelo art. 7 da Constituição francesa de 1795: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que esta não ordena”.

⁽⁶⁾ “Os mesmos delitos serão punidos com as mesmas penas, sem distinção alguma de pessoas” (art. 3, Título I, da Constituição francesa de 1791).

⁽⁷⁾ Cf. *infra*, parágrafos 9, 10, 28, 37 e 41.

⁽⁸⁾ O conceito de “sentença constitutiva”, contraposto ao de “sentença declarativa”, “cognitiva” ou de “comprovação”, é uma velha e consolidada categoria da dogmática processual civil, estranhamente esquecida pela literatura filosófica analítica entre as normas constitutivas: cf., por todos, G.

Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile* (1906), 3.ª ed., Jovene, Napoli, 1923, p. 171 e ss.; idem, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2.ª ed., Jovene, Napoli, 1960, p. 168 e ss. Entre as duas distinções – das normas em constitutivas e reguladoras, e das sentenças entre constitutivas e declarativas – existe um evidente paralelismo, no sentido de que o modelo penal garantista exclui o caráter constitutivo tanto da lei como do juízo, exigindo o caráter regulador e prescritivo da primeira (assegurado pelo princípio da estrita legalidade) e o cognitivo e declarativo do segundo (assegurado pelo que chamarei de princípio da estrita jurisdiccionariedade).

⁽⁹⁾ *Rhetorica*, trad. it. a cargo de A. Plebe, Laterza, Bari, 1961, I, 1, 1354a, p. 2-3; ibidem: “é preciso fazer do juiz árbitro de menos coisas possíveis”; ibidem, I, 13, 1374a, p. 66: “Posto que muitas vezes o acusado reconhece havê-lo feito, mas não está de acordo sobre a qualificação ou acerca do delito ao qual a qualificação se refere; assim, admite haver pegado algo, mas não furtado, e haver golpeado primeiro, mas não ultrajado..., por isso seria necessário definir acerca disso o que é roubo, o que é ultraje, o que é adultério, de maneira que, se queremos mostrar se há ou não tal delito, possamos declarar o direito”.

⁽¹⁰⁾ “É, assim, necessário que um terceiro julgue a verdade do fato; e vereis aqui a necessidade de um magistrado, cujas sentenças... consistam em meras afirmações ou negações de fatos particulares” (C. Beccaria, ob. cit., III, p. 14). Ver também, *infra*, a nota 24.

⁽¹¹⁾ “Os juizes devem recordar que seu officio é *jus dicere* e não *jus dare*: interpretar o direito e não fazer direito ou criar direito” (F. Bacon, *Of judicature*, in *Essays or counsels civil and moral* (1625), in *Works of Francis Bacon*, a cargo de J. Spedding, Longman, London, 1861, vol. VI, LVI, p. 506). Em termos quase idênticos se expressa Louis de Jaucourt, na voz *Juge*, escrita para a *Encyclopédie*, cit., IX, p. 5: os juizes “devem dizer o direito e não fazer direito”.

⁽¹²⁾ É o formoso título do volume de U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

⁽¹³⁾ “Onde as leis são claras e precisas o officio do juiz não consiste mais que em assegurar um fato” (C. Beccaria, ob. cit., XIV, p. 35).

⁽¹⁴⁾ Sobre os diversos significados e sobre o valor garantista do princípio da separação entre direito e moral, cf. *infra* o parágrafo 15. O nexo entre relativismo ético e convencionalismo jurídico, que ilustrarei no parágrafo 27.2, vem expresso da maneira mais incisiva por T. Hobbes, *De cive*, cit., XIV, 17, p. 278-279: “A natureza humana é tal que cada um chama bem ao que deseja que se lhe faça e mal a aquilo de que foge, de modo que havendo diversas inclinações, o que chama de bem, o outro chama de mal; o que uma mesma pessoa considera atualmente como bom, mais tarde o considera como mal, e a mesma coisa que aprova em si critica em outro. Todos medimos o bem e o mal, segundo nosso prazer ou nosso fastio... Segue-se que é dever do Estado determinar o que é censurável com razão. De modo que a culpa, quer dizer, o pecado, é o que alguém faz, omite ou diz ou quer dizer contra a razão do Estado, quer dizer, contra as leis”. Cf. Também, ibidem, VI, 9, p. 160, e XII, 1, p. 233-234, e ademais as citações reproduzidas *infra*, à nota 8 do cap. 8.

⁽¹⁵⁾ R. Pound. *The spirit of the common law* (1921), trad. it. de G. Buttà, *Lo spirito della 'common law'*, Giuffrè, Milano, p. 154-155.

⁽¹⁶⁾ *De l'esprit*, cit., XI, 6, p. 404. O mesmo modelo de juiz propõe G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1783), in *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società, Belgica, Bruxelles, 1841, vol. I, livro III, cap. XX, p. 480: “O juiz é no tribunal o órgão da lei e não tem liberdade para separar-se dela. Se a lei é inflexível, deve sê-lo igualmente o juiz: se esta não conhece amor, temor nem lástima, o juiz deve ignorar, como ela, estas paixões”. A mesma idéia expressou um século antes o nivelador Gerrard Winstanley, a quem se deve a imagem, feita famosa por Montesquieu, do juiz como “boca da lei” (*mouth of the law*): “A lei mesma é o juiz de todas as ações dos homens. Contudo, é chamado juiz aquele que é escolhido para pronunciá-la, posto que é a boca da lei; mas ninguém deve julgar ou interpretar a lei. A lei mesma, na realidade, tal como nos é transmitida literalmente, é o pensamento e a decisão do Parlamento e do povo do país... E o homem que se arroga a interpretar a lei, ou bem obscurece seu sentido e, portanto, torna-a confusa e difícil de compreender, ou bem lhe atribui outro significado e de tal forma se coloca acima do Parlamento, da lei e de todo o povo. Por isso, a tarefa do funcionário chamado juiz é escutar qualquer coisa que lhe seja submetida... Por trás disso, deve pronunciar a sua letra da lei, posto que se chama juiz não porque sua mente e seu querer devam julgar as ações dos acusados, senão porque é a boca que deve pronunciar a lei, que é o verdadeiro juiz” (*The law of freedom in a platforme, or True magistracy restored* (1652), trad. it., Piano della legge della libertà, in *Puritanesimo e libertà. Dibattiti e libelli*, a cargo de V. Gabrieli, Einaudi, Torino, 1956, p. 356).

⁽¹⁷⁾ “Os indivíduos”, afirmou o Relatório ao projeto preliminar ao Código de Processo Penal de 1930, a propósito das discriminações em matéria de medidas cautelares e preventivas, “têm um diverso valor moral e social, e alguns não têm nenhum”. Ao mesmo esquema subjetivista pertencem também os benefícios da pena decididos discricionariamente, antes ou depois do julgamento, a quantos são considerados merecedores pela colaboração no processo ou pela boa conduta na prisão (*infra*, parágrafos 36, 44.4 e 45.5).

⁽¹⁸⁾ O princípio jusnaturalista que se encontra na base da noção substancialista do delito está bem expresso pela máxima de Henry Bracton, coletada por Sir Edward Coke e oposta pelo legista ao filósofo T. Hobbes, em *Dialogo*, cit., p. 417: “Lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria”. A máxima inversa àquela hobbessiana remonta a Acursio, que definiu a lei como “sanctio sancta, praecipiens honesta, prohibensque contraria” (*Glossa in digestum vetus, Venetis*, 1489, reimpressão anast., Ex Officina Erasmiana, Torino, 1969, gl. *non faciendorum* in D.1.3.2, f. 8ra, p. 13), e ainda antes a Cícero: “lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria” (*De legibus*, 1, 6, 18).

⁽¹⁹⁾ As expressões “verdade formal” e “verdade material” são usadas aqui em seu significado dominante na doutrina processual: cf. F. Carnelutti, *La prova civile*, 2.ª ed., Edizione dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 29 e ss., 56 e 61; C. Furno, *La teoria della prova legale*, Cedam, Padova, 1940; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 23-24 e 33-34; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 108-111. Aquelas podem dar lugar a equívocos, porque às vezes são usadas em sentido diverso. Para Eugenio Florian, por exemplo, a “verdade formal” seria alcançada, como no processo inquisitivo pré-moderno, através das “provas formais” ou “legais”, prescindindo da livre convicção do juiz; enquanto seria “material” a verdade histórica alcançada, como no processo acusatório, através da liberdade de prova (*Delle prove penali* (1934), 3.ª ed., Ist. Ed. Cisalpino, Varese, 1961, p. XXXVII e ss. e 7 e ss.). Em um sentido análogo, a oposição “formal”/“material” é usada às vezes para designar a diferença entre a verdade própria do processo civil, condicionada pelo princípio da disposição sobre as provas, e a própria do processo penal, onde as provas não são disponíveis para as partes. Por ser mais precisa, parece-me preferível a terminologia de Carnelutti, que fala de “verdade formal” sempre que estejam juridicamente disciplinados não só sua valoração, mas também o método de comprovação. Neste sentido, a verdade processual é por princípio “formal” e o é num sentido ulterior e mais restrito no processo civil, onde são maiores as vinculações legais, e no penal, baseado nas provas legais; enquanto “verdade material”, “substancial” ou “absoluta” não é mais do que uma pretensão subjetiva e uma perigosa ilusão. Isso não quer dizer, contudo, como considera Carnelutti, que esta ilusão não encontre lugar no processo: seu lugar, como se verá no parágrafo 10, é tanto maior quanto mais desvinculada se encontre a livre convicção do juiz de garantias processuais adequadas em matéria de prova e defesa.

⁽²⁰⁾ “Se examinarmos as formalidades da justiça em relação ao trabalho que custa a um cidadão para obter a devolução de seus bens ou a satisfação de uma ofensa, veremos que são demasiadas. Se as examinarmos em relação à liberdade ou à segurança dos cidadãos, veremos que os incômodos, os gastos, a lentidão e inclusive os perigos da justiça são o preço que cada cidadão paga por sua liberdade” (Ch. Montesquieu, ob. cit., VI, 2, p. 310). Quase as mesmas palavras são repetidas por F. M. Pagano, ob. cit., III, p. 20. Contra as inúteis lentidões e os vazios formalismos que às vezes “ofendem a liberdade”, cf., não obstante, C. Beccaria, ob. cit., XXXVIII, p. 92; F. M. Pagano, ob. cit., XIII, p. 72 e ss., XXVIII, p. 141 e ss.; J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires* (1823) liv. I, cap. II, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, org. É. Dumont, 3.ª ed., Hauman, Bruxelles, 1840, t. II, p. 242 e ss. (sobre o tema, veja-se *infra*, parágrafo 4.4).

⁽²¹⁾ “Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível para os homens, se torna invisível e nulo” (ob. cit., XI, 6, p. 398); “Dos três poderes de que temos falado, o de julgar é, de certo modo, nulo” (ibidem, p. 401).

⁽²²⁾ Cf. meu escrito *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge, in Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, XV, 2, p. 404 e 409 e ss.

⁽²³⁾ Vejam-se as páginas de Condorcet contra o “despotismo dos tribunais”: “o mais odioso de todos”, que sempre regressa quando os juizes não estão “estritamente obrigados a seguir a letra da lei” (*Idées sur le despotisme* (1789), in *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris, 1847, tomo IX, p. 155-156); “existe despotismo cada vez que os homens têm amos, quer dizer, estão submetidos à vontade arbitrária de outros homens” (ibidem, p. 147). A polêmica contra o despotismo dos juizes, como arbi-

trio dos homens desvinculado da soberania da lei, é um motivo recorrente no pensamento jurídico do iluminismo: “Nos Estados despóticos não há leis, o juiz é sua própria regra” (Ch. Montesquieu, ob. cit., VI, 3, p. 311; ibidem, XI, 6, p. 399); “nos governos despóticos os homens mandam; nos governos moderados mandam as leis” (G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull’ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell’amministrazione della giustizia* (1774), in *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, cit., vol. II, p. 378); “o arbítrio dos magistrados é contraditório para com a força das leis..., pelo que a liberdade dos cidadãos será menor na medida em que o arbítrio judicial seja maior” (ibidem, p. 380); “à medida em que seja maior o arbítrio dos juizes, menos segura a liberdade civil” (F. M. Pagano, ob. cit., V, p. 28); “se para indagar e punir os delitos desatam-se prepotentemente as mãos do juiz para que este arrisque muito e atue sem limites, se a lei lhe subministra o meio, pelo qual bem o cego, bem a maldade encoberta com o manto do justo possa atentar contra os direitos do cidadão e abusar do sagrado depósito do poder público, jamais estarão seguras a liberdade e a inocência, os dois grandes númenos que devem respeitar as leis, acima de qualquer coisa” (ibidem, II, p. 17).

⁽²⁴⁾ Junto à palavra de Montesquieu sobre o juiz “boca da lei” referidas na nota 16, a passagem mais conhecida e emblemática que expressa esta concepção mecanicista da jurisdição é a de Beccaria sobre o “silogismo perfeito”: “Em todo delito deve ser feito pelo juiz um silogismo perfeito. Colocar-se-á como maior a lei geral, como menor a ação conforme ou não à lei, do que se inferirá por consequência a liberdade ou a pena. Quando o juiz, por força ou vontade, quer fazer mais de um silogismo, abre-se a porta à incerteza. Não há coisa tão perigosa como aquele axioma comum que propõe como necessário consultar o espírito da lei. É um dique rompido à torrente das opiniões” (ob. cit., IV, p. 15-16). Não menos toco é o método de julgamento prescrito pela lei napolitana de 1774 sobre a obrigação de motivação das sentenças: “Que as decisões se baseiem não já sobre as nuas autoridades dos doutores que, infelizmente, com suas opiniões têm alterado ou convertido em incerto e arbitrário o direito, senão sobre as leis expressas do reino ou comuns: (...) que as duas premissas do argumento estejam sempre baseadas nas leis expressas ou literais” (in G. Filangieri, *Riflessioni*, cit., p. 375). Daí se segue a ilusória pretensão de que se impeça aos juizes a interpretação das leis: “Interpretar significa fazer decidir mais do que o legislador há dito, e este mais é a medida da faculdade legislativa de que se arroga o juiz” (P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi* (1765), in *Scritti vari*, Le Monnier, Firenze, 1854, vol. II, p. 167); “o juiz se converte em legislador tão logo lhe seja lícito interpretar a lei” (ibidem); “tampouco a autoridade de interpretar as leis penais pode residir nos juizes criminais, pela mesma razão de que não são legisladores” (C. Beccaria, ob. cit., IV, p. 15); “é um mal a interpretação das leis” (ibidem, V, p. 18); “o rei quer que tudo seja decidido segundo um texto expresso; que a linguagem do magistrado seja a linguagem das leis; que fale quando elas falam e se cale quando não falem ou, pelo menos, não falem claramente; que a interpretação seja prosrita; a autoridade dos doutores desterrada do foro e o magistrado constrangido a expor publicamente as razões da sentença” (G. Filangieri, ob. cit., p. 379). Vejam-se também as notas 10 e 11 e, *infra*, as notas 8, 115 e 116 do cap. 3). Muito mais modernamente, contra estas ilusões já advertiu, por sua vez, T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVI, p. 226: “Todas as leis escritas e não escritas necessitam interpretações”. Análogo ceticismo expressou L. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzolini, Milano, 1953, cap. X, p. 115-118.

⁽²⁵⁾ Ao mesmo tempo em que existe uma literatura exaustiva sobre os problemas da prova e da interpretação da lei, as questões da verdade, da verificabilidade e da verificação (além da falsidade, refutabilidade e refutação) no processo e, mais em geral, nos discursos jurídicos têm sido descuidadas pelos juristas e filósofos do direito. Podem ser recordados: P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, I, p. 105 e ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, agora in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, V, p. 51-76; E. Opocher, *Il diritto senza verità*, *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950, I, p. 177-191; G. Del Vecchio, *La verità nella morale e nel diritto*, Studium, Roma, 1952; S. Pugliatti, *Conoscenza*, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, IX, p. 45-131; M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970; J. Wroblewski, *The problem of the so-called judicial truth*, *Tidekrift utgiven av Juridiska Foreningen i Finaland*, 1975, I, p. 19-33; idem, *Verification and justification in the legal sciences*, *Rechtstheorie*, 1979, 1; idem, *La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation*, *Études de logique juridique*, CNRL, Bruxelles, 1981, p. 331-355; idem, *Meaning and truth*, *Judicial decision*, *Juridica*, Helsinki, 1983; A. Aarnio, *On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics*, *Rechtstheorie*, 1981, 2; idem, *Argumentation in theory and beyond*, ob. cit., 1983, 4; idem, *Philosophical perspectives in jurisprudence*, *Acta Philosophi-*

ca Fennica, 36, Helsinki, 1983; I. Niiniluoto, On truth and argumentation in legal dogmatics, *Rechtstheorie*, 1981, 2; idem, On the truth of Norm propositions, ob. cit., 1981, 3; W. Twining, The rationalist tradition of evidence scholarship, *Well and truly tried*, a cargo de E. Campbel e L. Waller, The Law Book Company, 1982; idem, Some scepticism about some scepticisms, *Journal of law and society*, 1984, 2, p. 137-171; U. Scarpelli, Auctoritas, non veritas facit legem; L. Ferrajoli, La semantica della teoria del diritto, in U. Scarpelli (a cargo de), *La teoria generale del diritto. Tendenze e problemi attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizione di Comunità, Milano, 1983, p. 86-130; idem, *La formazione e l'uso del concetti*, cit.; idem, Guarantees and truth in criminal law, *Reason in law. Proceedings of the conferency held in Bologna*, 12-15.12.1984, a cargo de C. Faralli e E. Pattaro, Giuffrè, Milano, 1987, vol. I, p. 301-311; N. McCormick, Universalisation and induction in law, ob. cit., p. 91-105; S. Chiarloni, Processo civile e verità, *Questione giustiziana*, 1987, 3, p. 504-517. Veja-se enfim H. Kelsen, *Allgemeiner Theorie der Normen* (1979), trad. it. de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, p. 267-292, onde se exclui todo paralelismo entre verdade de uma afirmação e validade de uma norma: tese esta – observo desde agora – não incompatível com a que aqui sustentei, de que em um sistema penal de estrita legalidade a validade da norma constituída pelo decidido em uma sentença está (normativamente) condicionada pela (justificação da) verdade das afirmações que constituem sua motivação.

⁽²⁶⁾ J. Bentham, *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. I e V, p. 241 e 245. Segundo A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 233 e ss.; e idem, Prova in generale (filosofia del diritto), *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, p. 565-570), a “ruptura” entre questão de fato e questão de direito, assim como entre prova e interpretação, é moderna, sendo estranha à tradição greco-romana e medieval, remontando a Bentham. O mesmo Giuliani recorda, contudo, a distinção entre *status rationales* (relativos à “reconstrução do fato”) e *status legales* (relativos à “interpretação da lei”) na teoria dos *status* de Hermágoras de Tenos, recepcionada por Cícero e Quintiliano (*Il concetto di prova*, cit., p. 57 e ss. e 94 e ss.), além da separação entre *jurors* e *judges* que caracteriza o *jury* inglês desde o século XIII e que vem informada pela máxima “ad quaestionem facti non respondent iudices; item ad quaestionem iuris non respondent juratores” (ob. cit., p. 189-190). A distinção, além disso, era clara para Aristóteles (cf., *supra*, nota 9).

⁽²⁷⁾ A. Tarski, *The semantic conception of truth and the foundations of semantics* (1944), trad. it. de A. Meotti, *La concezione semantica della verità e fondamenti della semantica*, in L. Linsky (org.), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1969, p. 27-68; idem, The concept of truth in formalised languages (1936), agora in *Logics, semantics, metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956, p. 152-278. O descobrimento de Tarski, mais para além da trivialidade de sua formulação, é que para falar da verdade de uma proposição formulada em uma determinada linguagem deve-se dispor de uma metalinguagem semântica, mais rica que a primeira, na qual se possa falar simultaneamente da proposição, do fato ao qual ela se refere e da relação de correspondência subsistente entre as duas coisas.

⁽²⁸⁾ Para uma análise geral das expressões “fática” e “jurídica”, associadas ao termo “verdadeiro” e de suas condições de uso na ciência e na prática jurídicas, remeto ao meu escrito *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 86-104.

⁽²⁹⁾ A. Tarski, *La concezione semantica*, cit., p. 29-30: “Quisérámos que nossa definição fizesse justiça às intuições vinculadas com a concepção aristotélica clássica da verdade, intuições que encontram sua expressão nas conhecidas palavras da *Metafísica* de Aristóteles: *Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro*. Se quisérámos nos adaptar à terminologia filosófica moderna, talvez pudéssemos expressar esta concepção mediante a fórmula familiar: *A verdade de uma oração consiste em seu acordo (ou correspondência) com a realidade*”. O texto mencionado por Tarski, com outra tradução, está em *La metafísica*, de Aristóteles: org. A. Carlini, Laterza, Bari, 1959, IV, 7, 1011b, p. 141; cf. também ob. cit., II, I, 1993b, p. 62 e VI, 4, 1027b, p. 214-215. A versão metafísica desta concepção remonta a Parmênides, *Della natura*, fragmentos, 4, in *Gli presocratici*, a cargo de A. Pasquinelli, Einaudi, Torino, 1958, p. 229: “... pois só o mesmo pode ser e pensar-se”.

⁽³⁰⁾ Uma concepção ingenuamente realista da verdade, no sentido de Parmênides, de correspondência ontológico-metafísica entre proposições e fatos e entre linguagem e realidade, foi própria do primeiro neopositivismo lógico. Recordem-se as teses do primeiro Wittgenstein, coletadas por Bertrand Russell, sobre as proposições como “imagens” ou “projeções” do mundo, a idéia de Moritz Schlick de uma relação unívoca (de um a um) entre significantes e significados, assim como a concepção fundamen-

talista dos protocolos e a teoria verificacionista, elaboradas pelo Círculo de Viena. Cf. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (1918), trad. it. de A. G. Conte, Einaudi, Torino, 1964, tese 2.11-2.13, 2.15, 2.161, 2.17, 2.21-2.223, 3.01, 3.11-3.13, 3.2-3.221, 4.01-4.023, 4.0311, 4.04, 4.05, 4.06, 4.1, 4.125, 4.2, 4.21, 4.25, 4.26, 4.3; B. Russel, *Philosophy of logical atomism* (1918), trad. it. de L. Pavolini, *Logica e conoscenza*, Longanesi, Milano, 1961, p. 105-245; idem, *An inquiry into meaning and truth* (1940), trad. it. de L. Pavolini, *Significato e verità*, Longanesi, Milano, 1963; M. Schlick, *Allgemeine Erkenntnislehre* (1918), trad. it. da 2.^a ed. de 1925 a cargo de E. Palombi, *Teoria generale della conoscenza*, Angeli, Milano, 1986; idem, *Positivismus und realismus* (1932), trad. it. in *Il neopositivismo*, de A. Pasquelli, Utet, Torino, 1969, p. 264-298; idem, *Über das Fundament der Erkenntnis* (1934), trad. it., ibidem, p. 299-302; R. Carnap, *Der logische Aufbau der Welt* (1928), trad. it. de E. Severino, *La costruzione logica del mondo*, Fabbri, Milano, 1966; idem, *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft*, *Erkenntnis*, 1931, II, p. 432-465; A. J. Ayer, *Language, truth and logic* (1936), trad. it. de G. De Toni, *Linguaggio, verità e logica*, Feltrinelli, Milano, 1961, p. 106 e ss. Como demonstrou recentemente D. Zolo, Ciência e política, in Otto Neurath, *Una prospettiva post-empirista*, Feltrinelli, Milano, 1986, cap. III e IV, a primeira crítica desta gnosilogia, oscilante entre realismo ontológico e idealismo sensista, se deve a O. Neurath, *Wege der wissenschaftlichen Weltauffassung*, *Erkenntnis*, 1930, I, p. 106-125; idem, *Soziologie im Physikalismus* (1931), trad. it. de G. Statera, in *Sociologia e neopositivismo*, Ubaldini, Roma, 1968, p. 17-53; idem, *Protokollsätze* (1932), trad. it. in ob. ult. cit., p. 54-64; idem, *Pseudorationalismus der Falsifikation*, *Erkenntnis*, 1935, V, p. 353-365. Na polêmica contra o realismo dogmático que opôs Neurath aos demais membros do Círculo, a Wittgenstein, a Russel e inclusive a Popper, Zolo reconhece uma lúcida antecipação dessa revisão crítica do empirismo, empreendida por W. V. O. Quine, *From a logical point of view* (1953), trad. it. de E. Mistretta, *Il problema del significato*, Ubaldini, Roma, 1966, e depois desenvolvida por autores como Hanson, Lakatos, Kuhn e Feyerabend. Não me parece, porém, justificada a acusação de “falácia ontológica” atribuída por Zolo (ob. cit., p. 48 e 125-126) – por razões que esclarecerei no parágrafo 5.2 –, nos passos das críticas de Neurath, também à concepção tarskiana da verdade, assimilada às teses realistas do primeiro empirismo lógico.

³¹A. Tarski, *La concezione semantica...*, cit., p. 54-55: “De fato, a concepção semântica da verdade nada implica acerca das condições em que se pode afirmar uma oração (1) *a neve é branca*. Só implica que sempre que afirmamos ou que repelimos esta oração, devemos estar prontos para afirmar ou repelir a oração correlacionada (2) *a oração ‘a neve é branca’ é verdadeira*. De maneira que podemos aceitar a concepção semântica da verdade, sem abandonar qualquer atitude gnosiológica que possamos haver tido; continuamos sendo realistas ingênuos, realistas críticos ou idealistas, empiristas ou metafísicos: o que éramos antes. A concepção semântica é completamente neutra acerca de todas essas posições”. A diferença entre a concepção semântica da verdade e a indicação dos critérios conforme os quais podemos afirmar que uma proposição é verdadeira é essencial para poder usar a palavra “verdade” no sentido de “correspondência”, sem compromissos de tipo subjetivista ou realista-metafísico. Como observou Karl Popper, na realidade, esta permite dizer que “uma teoria pode ser verdadeira ainda que ninguém acredite nela e ainda que não tenhamos razão alguma para acreditar que seja verdadeira; e outra teoria pode ser falsa, ainda que tenhamos razões relativamente boas para aceitá-la”, e confere, portanto, à concepção semântica de Tarski o caráter de uma “teoria objetiva (ou metalógica)” da verdade, relativamente a todas as demais concepções – a sintática da coerência e as pragmáticas da evidência e da aceitabilidade justificada – que, por sua vez, são “teorias subjetivas da verdade (ou epistêmicas)”, enquanto aspirem à formulação de critérios, de acordo com os quais asseverem a verdade de uma crença (*Conjectures and refutations* (1969), trad. it. de G. Pancaldi, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, 10, p. 385-386). Ademais, ao haver dissociado o significado do termo “verdadeiro” de seus critérios de aplicação, Tarski tem contradiado a tese central da epistemologia realista-positivista, segundo a qual para determinar o significado de um conceito faz falta estabelecer (em vez de só suas condições de uso, também) um critério para sua aplicação, quer dizer, um método para a verificação das teses nas quais aparece. Deste modo, diz Popper: “Tarski reabilitou a teoria da correspondência” (*Objective knowledge. An evolutionary approach* (1972), trad. it. de A. Rossi, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionista*, Armando, Roma, 1975, 8, p. 412), que continua sendo uma “teoria realista” somente no sentido de que “estabelece a distinção, que é realista, entre uma teoria e os fatos que esta teoria descreve” e “nos permite falar de uma realidade diversa da teoria” (ibidem, p. 416), mas não já no sentido de que nos fornece um método para estabelecer se uma tese é verdadeira ou não, porque corresponde ou não a um fato.

⁽³²⁾ A. Tarski, ob. cit., p. 57 e 62. No mesmo sentido: K. R. Popper, *Conoscenza oggettiva*, cit., 2, p. 63 e 73.

⁽³³⁾ Tarski põe como condição para a aplicabilidade de sua definição que as linguagens-objetos nas quais se expressam as proposições sobre as quais se predica a verdade na metalinguagem semântica tenham uma estrutura exatamente determinada, como a que aparece nas linguagens formalizadas (ob. cit., p. 37). Esta restrição resulta notavelmente liberalizada por Popper, que a julga “equivocada” e exige somente que a linguagem-objeto seja coerente graças a um “certo grau de artificialidade” (*Congetture e confutazioni*, cit., 10, p. 383 e Adendo, p. 675). O mesmo Tarski, ademais, não havia negado que sua definição fosse também aplicável às “linguagens naturais”, mesmo que de forma não “rigorosa”, mas sim com “caráter aproximado” (ob. cit., p. 35). E acrescentava: “O fato de que na investigação empírica só tratemos com linguagens naturais, e que a semântica teórica se aplique a estas linguagens com certa aproximação, não afeta essencialmente o problema... Esta situação não difere essencialmente da que se apresenta quando aplicamos as leis da lógica às discussões da vida diária ou, em geral, quando tentamos aplicar a lógica teórica aos problemas empíricos” (ibidem, p. 59).

⁽³⁴⁾ A. Tarski, ob. cit., p. 62.

⁽³⁵⁾ Ibidem.

⁽³⁶⁾ Ibidem.

⁽³⁷⁾ Popper chama tal noção também com a palavra “verossimilhança” (*verisimilitude*). Cf. K. R. Popper, *Congetture*, cit., 10, p. 400 e ss., Adendo, p. 664-672; idem, *Conoscenza*, cit., 2, p. 73 e ss., 79-88. A expressão “verossimilhança” é significativamente empregada também por alguns juristas a propósito da “verdade” no processo, cf. P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, p. 6 e ss.; G. Calogero, *La logica del giudice i suo controllo in Casazione*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1964, p. 203, 208-209; S. Pugliatti, *Conoscenza*, cit., p. 76-79. De “semelhança” falava também F. M. Pagano, *La logica dei probabili. Per servire di teoria alla prove nei giudizi criminali* (1806), Spadafora, Salerno, 1924, I, p. 1-2: “a verdade não é mais do que a conformidade da idéia com seu original, quer dizer, com o objeto, e a semelhança do juízo com a coisa representada”. Parece-me, contudo, que estas expressões, aplicadas às teses jurisdicionais, são todas elas mais desorientadoras e comprometedoras do que as de “aproximação” ou de “verdade aproximativa”.

⁽³⁸⁾ A idéia popperiana da “verdade objetiva” ou “absoluta” como “padrão”, “princípio” ou “idéia reguladora” (K. R. Popper, *Congetture*, cit., 10, p. 393 e 401; idem, *Conoscenza*, cit., 2, p. 87-88 e p. 416) está claramente copiada da tese de Tarski da verdade objetiva, como “expressão de um ideal” (*supra*, nota 34). Popper, que sobre o problema da verdade sempre se declarou devedor de Tarski, atribui à influência deste também a gênese de seu conceito de “verossimilhança” ou de “aproximação da verdade (objetiva)”: “Muitos têm sido induzidos a afirmar que, ainda que não saibamos quão afastados ou quão próximos estamos da verdade, temos a possibilidade de nos aproximar, cada mais da verdade e freqüentemente o fazemos. Eu mesmo fiz afirmações semelhantes no passado, ainda que sempre com ocultos remorsos... Mas quando escrevia ou dizia que a ciência se aproximava cada vez mais da verdade ou que era uma maneira de aproximar-se da verdade, sentia que, na realidade, deveria escrever ‘Verdade’ com ‘v’ maiúsculo, para deixar bem claro que se tratava de uma noção vaga e metafísica em alto grau, diferente da ‘verdade’ de Tarski, que podemos escrever – de consciência tranquila – da maneira ordinária, quer dizer, com minúscula. Só há pouco tempo é que me pus a refletir sobre se a idéia de verdade aqui implicada era, na realidade, tão perigosamente vaga e metafísica, afinal de contas. Achei quase que imediatamente que não era é que a aplicação a ela da idéia fundamental de Tarski não apresentava qualquer dificuldade particular. Pois, hoje, não há razão alguma pela qual não devamos dizer que uma teoria corresponde aos fatos melhor do que outra” (*Congetture*, cit., 10, p. 397).

⁽³⁹⁾ A posição de Popper está equivocada quanto a isto. Com efeito, por um lado, afirma que seu conceito de “aproximação da verdade”, da mesma forma do que o tarskiano de “verdade”, é um conceito semântico, cuja definição não equivale a um critério de verdade, mesmo que aproximativa, mas a indicação de um princípio regulador (*Congetture*, cit., 10, p. 388 e 398; idem, *Conoscenza*, cit., 2, p. 87). Por outro lado, representa este conceito através de imagens toscamente positivistas, como a do aproximar-se do cume por um alpinista ou a do “espaço métrico” ou “topológico”, dentro do qual se colocariam, em diferentes distâncias da verdade, as teorias concorrentes (*Congetture*, cit., 10, p. 388 e 398; idem, *Conoscenza*, cit., 2, p. 79-85).

⁽⁴⁰⁾ O “poder de explicação”, “relevância” ou “conteúdo de verdade” de uma proposição é para Popper o elemento da definição de “verossimilhança” ou de “aproximação da verdade” que permite elucidar a atividade científica como busca da “verdade” no sentido de Tarski: “a verdade não é o único objetivo da ciência. Queremos mais do que a mera verdade: o que buscamos é uma *verdade interessante*, verdade que é difícil de alcançar. E nas ciências naturais (diversamente da matemática) o que buscamos é uma verdade com um alto grau de poder explicativo, em um sentido que implica que é uma verdade logicamente improvável... Não nos contentamos com ‘dois mais dois é igual a quatro’, ainda que isto seja verdadeiro... Quando o juiz diz a uma testemunha que deve dizer a verdade, *toda a verdade* e nada mais do que a verdade, o que busca é *toda a verdade pertinente à questão* que essa testemunha possa oferecer. Uma testemunha que vá pela rama é insatisfatória como testemunha, ainda que suas afirmações sejam verdades trilhadas e, por fim, parte de *toda a verdade*. É óbvio que o que o juiz – ou qualquer outra pessoa – quer, quando pede *toda a verdade*, é toda a informação verdadeira *interessante e atinente à questão* que possa obter; e muitas testemunhas absolutamente sinceras calam uma informação importante, simplesmente porque desconhecem sua relação para com o caso” (*Congetture*, cit., 10, p. 393-396).

⁽⁴¹⁾ A hipótese céptica formulada por Russel, e acolhida várias vezes pela literatura filosófico-analítica, é a tese, logicamente possível e empiricamente não refutável de maneira definitiva, “de que o mundo começou a existir há cinco minutos e que surgiu exatamente como é agora, com uma população que recorda um passado de todo irreal”. Esta hipótese acadêmica serve a Russel para afirmar, seguindo Hume, que “não há uma correspondência logicamente necessária entre acontecimentos que se verificam em tempos distintos; portanto, nada do que sucede agora ou sucederá no futuro pode refutar a hipótese segundo a qual o mundo surgiu há cinco minutos. De modo que os fatos *chamados* conhecimentos do passado são logicamente independentes do passado; são extremamente não decomponíveis em conteúdos presentes, que poderiam ser, em teoria, exatamente como são, ainda que não houvesse existido passado algum” (B. Russel, *The analysis of mind* (1921), trad. it. de J. Sander e L. Breccia, *L’analisi della mente*, CLFM, La Spezia, 1981, p. 149).

⁽⁴²⁾ C. I. Lewis, *Mind and the world order*, Scribner, New York, 1929, p. 151: “a totalidade de tais efeitos constitui de maneira bastante óbvia todo o projeto cognoscível”; “o passado vem constituído através da correta interpretação de um dado que inclui determinados caracteres que são signos da qualidade de passado” (*ibidem*); “evidentemente, certos signos identificáveis devem significar a qualidade de passado da coisa apresentada, de outra forma o passado não poderia se distinguir do presente” (*ibidem*, p. 153). Russel já havia falado, de modo análogo, de “sentimento do passado” suscitado pelos signos que se nos apresentam (*ob. cit.*, p. 152).

⁽⁴³⁾ Isto vale inclusive na rara hipótese de que o juiz tenha assistido pessoalmente aos fatos que deve julgar, como ocorre no caso dos delitos cometidos na sua presença. Neste caso, com efeito, baseia-se não em sua observação, mas na sua “memória”, que é algo muito diverso: as “imagens mnemônicas”, diz Russel, são “meramente imaginárias”, no sentido de que não correspondem a sensações, sendo também “signos do acontecimento passado” (*ob. cit.*, p. 173). Outra questão é, ademais, se uma “ciência privada” de tal ordem é compatível com o método legal de formação de provas: cf. *infra*, parágrafo 41.6.

⁽⁴⁴⁾ A propósito, ademais dos escritos de Lewis e de Russel, cf. J. Dewey, *Realism without monism or dualism: I. Knowledge involving the past*, *Journal of Philosophy*, 1922, XIX; *idem*, *Logic, the theory of inquiry*, 1939, trad. it. de A. Visalberghi, *Logica, teoria dell’indagine*, Einaudi, Torino, 1965, cap. XII; A. J. Ayer, *Linguaggio, verità e logica*, cit., p. 126-127 e 237-238; *idem*, *Statements about the past*, 1950, trad. it. de P. Ganguzzo in *Saggi filosofici*, Marsilio, Padova, 1967, p. 143-161; *idem*, *The problem of knowledge*, trad. it. de F. Costa, *Il problema della conoscenza*, La Nuova Italia, Firenze, 1967, cap. IV; A. N. Prior, *Time and modality*, Clarendon Press, Oxford, 1957; *idem*, *Past, present and future*, Clarendon Press, Oxford, 1967, cujo capítulo VIII, “Time and existence”, foi traduzido para o italiano na antologia a cargo de C. Pizzi, *La logica del tempo*, Boringhieri, Torino, 1974, p. 348-391. Vejam-se também os escritos citados no próximo capítulo.

⁽⁴⁵⁾ Na conhecida tese de D. Hume, *Treatise of human nature* (1739), trad. it. a cargo de E. Lecaldano e E. Mistretta, *Trattato sulla natura umana*, Laterza, Bari, 1982, livro I, parte III, seção XIV, p. 169 e ss.; *idem*, *An enquiry concerning human understanding* (1748), trad. it. de G. Prezzolini, *Ricerche sull’intelletto umano e sui principi della morale*, Laterza, Bari, 1910, seção IV, parte I, p. 31-37. Os princípios ou métodos da indução receberam uma formulação clássica na obra de J. S. Mill, *A sistem of logic, ratiocinative*

and inductive, 1843, trad. it. de G. Facchi, *Sistema de logica raziocinativa e induttiva*, Ubaldini, Roma, 1968, livro III, cap. VIII. Certamente, um procedimento indutivo comparável ao seguido por um detetive para descobrir o autor de um delito é o método indiciário descrito por C. Ginzburg, *Spie. Radici* de i un paradigma indiziario, in A. Gargani (org.), *Crisi della ragione*, Einaudi, Torino, 1979, p. 57-106. Advirta-se que, enquanto na inferência indutiva o *explanans* (ou seja, o fato provado) figura na conclusão e o *explanandum* (ou seja, o fato probatório) nas premissas, na explicação causal, que tem a forma de uma inferência dedutiva, ocorre o contrário, configurando-se o *explanans* como uma condição necessária (ou um conjunto de condições necessárias) de cuja conjunção com uma lei geral é dedutível logicamente o *explanandum*. Naturalmente, a explicação causal – que na história e, mais em geral, nos informes sobre o passado assume a forma de uma narração – tem de todos os modos um caráter hipotético ou provável, ao ter natureza probabilística das leis gerais, amiúde triviais ou subentendidas (entimemáticas), que figuram nas premissas. Voltarei amplamente sobre a questão no parágrafo 10, dedicado à prova judicial.

O modelo nomológico-dedutivo da explicação histórica, análogo ao da explicação científica, foi elaborado por C. G. Hempel, *The function of general laws in history* (1942), ora em *Aspects or scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, The Free Press, New York, 1964, p. 231-243; idem, *Reason and covering laws in historical explanation* (1963), trad. it. de D. Antiseri, *Come lavora un storico*, Armando, Roma, 1967, que é uma resposta às críticas dirigidas ao seu ensaio de 1942 por W. Dray, *Laws and explanation in history* (1957), trad. it. de R. Albertini e L. Calabi, *Leggi e spiegazioni in storia*, Il Saggiatore, Milano, 1974, e The historical explanation of actions reconsidered, in S. Hook (org.), *Philosophy and history*, New York Univ. Press, New York, 1963, p. 105-136. Sobre o modelo nomológico-inferencial da explicação causal e sobre suas aplicações à história, cf. também K. R. Popper, *Logik der Forschung* (1935), trad. it. da edição inglesa de M. Trinchero, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970, 12, p. 44-46; idem, *The poverty of Historicism* (1957), trad. it. de C. Montaleone, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, Milano, 1975, cap. IV; idem, *Conoscenza...*, cit., 4, p. 209-255; C. G. Hempel e P. Oppenheim, *Studies in the logic of explanation* (1948), agora C. G. Hempel, *Aspects...*, cit.; P. Gardiner, *The nature of historical explanation* (1952), trad. it. de S. Rizzo, *La spiegazione storica*, Armando, Roma, 1978; idem (org.), *Theories of history*, Free-Press, Glencoe, 1959; R. B. Braithwaite, *Scientific explanation* (1953), trad. it. de G. Jesurum, *La spiegazione scientifica*, Feltrinelli, Milano, 1966, p. 240 e ss., cap. XI; E. Nagel, *The structure of science* (1961), trad. it. de A. Monti, *La struttura della scienza*, Feltrinelli, Milano, 1968, cap. XV; I. Scheffler, *The anatomy of inquiry* (1963), trad. it. de L. Pavolini, *Anatomia della ricerca*, Il Saggiatore, Milano, 1972; W. Dray, *Philosophy of history* (1964), trad. it. de A. Santucci, *Filosofia e conoscenza storica*, Il Mulino, Bologna, 1969; A. C. Danto, *Analytical philosophy of history*, 1965, trad. it. de P. A. Rovatti, *Filosofia analitica della storia*, Il Mulino, Bologna, 1971; H. Meyerhoff (org.), *The philosophy of history in our time*, Doubleday, Garden City, N.Y., 1969; G. H. von Wright, *Explanation and understanding* (1972), trad. it. org. de G. D. Bernardo, *Spiegazione e comprensione*, Il Mulino, Bologna, 1977; P. Rossi (org.), *La teoria della storiografia oggi*, Il Saggiatore, Milano, 1983.

⁽⁴⁶⁾ R. B. Braithwaite, ob. cit., p. 317. Naturalmente, as diversas hipóteses ou conjecturas explicativas podem ser também todas falsas. Na realidade, é possível não conseguir formular qualquer explicação plausível, ou inclusive que nem sequer surja o problema judicial ou historiográfico por resolver: é o caso do crime perfeito, que não deixa vestígio ou deixa pistas desorientadoras, ou da (perfeita) falsificação artística ou, em geral, da (perfeita) falsificação histórica (como foi, por exemplo, a da Doação de Constantino). Na escolha por parte do juiz entre hipóteses e soluções igualmente confiáveis e motiváveis, acrescente-se o que no parágrafo 10 chamarei de “poder de comprovação”.

⁽⁴⁷⁾ C. G. Hempel, *Fundamentals of concept formation in empirical science* (1952), trad. it. de A. Pasquinelli, *La formazione del concetto della teoria nella scienza empirica*, Feltrinelli, Milano, 1961, p. 65-74. O problema das “normas concorrentes” é o que Giovanni Tarelli indica como problema da “individualização” ou “escolha”, dentro do conjunto dos enunciados normativos, do enunciado a utilizar como premissa e, portanto, a submeter a “interpretação” (*L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 31-32, 74, 79, 86, 98, 102). Na realidade, a escolha da disposição que se deve usar como premissa é produzida junto com sua interpretação, versando necessariamente, como diria Tarello, sobre o enunciado normativo interpretado, quer dizer, sobre a “norma” proposta como sua interpretação. O problema das normas concorrentes equivale, assim, ao da equivocidade de significados dos conceitos

jurídicos, isto é, de sua falta de idoneidade para operar, no caso de concurso, como critérios classificatórios exaustivos e mutuamente exclusivos. Sobre este ponto, voltarei no parágrafo 9.

⁽⁴⁸⁾ Veja-se, por todos, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 381-390.

⁽⁴⁹⁾ Sobre a natureza dos argumentos que justificam a decisão, cf. C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique* (1958), trad. it. de C. Schick e M. Mayer, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966; C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976. A tendência de Perelman de apresentar a decisão judicial como fruto de “argumentação”, entendida esta como técnica de “persuasão” contraposta às técnicas de “convicção” que presidem o conhecimento, confere à sua doutrina uma conotação abertamente anticognitivista e decisionista. O mesmo se pode dizer da tese de Alessandro Giuliani, que ao contrapor a retórica à lógica, e a argumentação à verificação, concebe igualmente o ônus da prova como “ônus de persuasão” (*Prova*, cit., p. 521 e ss.; idem, *Il concetto di prova*, cit.). Para uma crítica de tal redução da verdade a valor e da justificação jurídica a “persuasão”, veja-se L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizione di Comunità, Milano, 1973, p. 211 e ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 200 e ss.; U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio e E. Lecaldano (org.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986, p. 19-22; G. Verde, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, p. 586-588. Um resultado análogo, decisionista, têm as teses de Giovanni Tarello, que concebe a interpretação judicial da lei como atividade inventiva e/ou volitiva e/ou prescritiva, mas em nenhum sentido cognitivo (sendo tal apenas, embora não seja propriamente “interpretação”, a descrição ou a previsão de interpretações alheias) (*L'interpretazione*, cit., p. 6 e ss., 98-99, 136 et passim).

⁽⁵⁰⁾ Denominei esta interpretação jurídica do fato de “interpretação operativa”, no meu artigo *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, I, p. 290-304. Sobre as interpretações da lei e as subsunções sub-reptícias realizadas pelo juiz na descrição do fato, para eludir os princípios de estrita legalidade e de estrita jurisdiccionariedade, cf. *infra* os pontos 3 e 4 do parágrafo 9.

⁽⁵¹⁾ Idem, *ibidem*, p. 296 e ss. A distinção, proposta no ensaio que acabo de citar, entre “interpretação doutrinal” (realizada pelo jurista em sede científica) como um fato de *língua* e a que chamei “interpretação operativa” (realizada pelo juiz em sede de aplicação da lei) como um fato de *linguagem*, revelar-se-á útil – para superar os mal-entendidos expressos pela contraposição entre formalismo e antiformalismo na interpretação jurídica – quando falarei, no parágrafo 11, da compreensão eqüitativa que se dá no julgamento. A distinção entre *língua* (por exemplo, a língua italiana) como conjunto das regras de uso de uma linguagem, e *linguagem* (por exemplo, minha linguagem em italiano, escrito ou falado) como emprego concreto da língua, é formulada desta forma por G. Necioni, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, La Nuova Italia, Firenze, 1946, p. 155: “‘língua’ é a realidade institucional e sistemática que fundamenta o ato lingüístico”; *ob. cit.*, p. 164: “Uma determinada língua, enquanto determinada realidade institucional, é valoração e regra do falar concreto”; *ob. cit.*, p. 184: “Quando dizemos ‘língua’ nos separamos dos sistemas dos falantes individuais” e olhamos “essa rede de relações, leis, valores, funções... que representam a instituição em si e por si, como corpo ideal, que tem sua autonomia e normatividade acerca dos indivíduos”. Esta distinção, que é o fundamento dessa corrente da lingüística italiana que tomou o nome de “institucionalismo lingüístico”, reproduz claramente a distinção entre *langue* e *parole* elaborada por F. De Saussure, *Cours de linguistique générale* (1916), trad. it. de T. De Mauro, *Corso di linguistica generale*, Laterza, Bari, 1967, p. 23-30 et passim. Um fecundo paralelismo entre “institucionalismo lingüístico” e “institucionalismo jurídico” desenvolve P. Piovani, *Mobilità sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto* (1962), in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 103-193.

⁽⁵²⁾ C. Beccaria, *ob. cit.*, XVII, p. 45. A imagem é análoga à do “expectador imparcial” de A. Smith, *The theory of moral sentiments*, 1759, Strahan, London, 1790, parte II, seção III, cap. I.

⁽⁵³⁾ C. Beccaria, *ob. cit.*, XVII, p. 46.

⁽⁵⁴⁾ J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine*, cit., XII, p. 317.

⁽⁵⁵⁾ “A menor reflexão nos mostra que o material conceitual empregado, ao escrever história, pertence ao período em que a própria história se torna escrita. Não há outro material que possa fornecer princípios condutores e hipóteses fora do historicamente presente. Com a alteração de uma cultura, alteram-se também as concepções que nela predominam. Afirmam-se necessariamente novos pontos de vista, novos modos de valorar e ordenar os dados. Assim, volta-se a escrever a história” (ibidem, p. 315). Paul Ricoeur fala eficazmente, a propósito da contínua renovação retroativa de nossa memória coletiva, de “neopassado” (*Finitude et culpabilité* (1960), trad. it. de M. Girardet, *Finitudine e colpa*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 267).

⁽⁵⁶⁾ Cf. T. S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (1962), trad. it. de A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1979; I. Lakato e A. Musgrave (org.), *Criticism and the growth of knowledge* (1970), trad. it. de G. Giorello, *Critica e crescita della conoscenza*, Feltrinelli, Milano, 1976.

⁽⁵⁷⁾ Com efeito, aquele não solicita novas e mais adequadas conjecturas explicativas. Sobre a fecundidade do erro na ciência e sobre o método científico, como “método de aprendizagem mediante ensaio e erro”, cf. K. R. Popper, *Congetture*, cit., 10, p. 369 e ss., e 15, p. 531 e ss.; idem, *Autobiography* in P. A. Schilpp (org.), *The philosophy of Karl Popper* (1974), trad. it. de D. Antiseri, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, Armando, Roma, 1976, p. 48-55, 89 e 136-137. O caráter provisório de todo conhecimento empírico não terminado imediatamente na ação é expresso assim por G. W. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement par l'auteur du système de l'harmonie préétablie* (1765), trad. it. de D. O. Bianca, *Nuovi saggi sull'intelletto umano, Scritti filosofici*, Utet, Torino, 1968, vol. II, livro IV, cap. XV, p. 602: “em nossos próprios negócios, sobretudo nas matérias mais importantes, nas quais ainda é permitido se lançar a fundo ou não entender do assunto, sem que se torne prejudicial suspender a execução, e andar com cuidado, as decisões de nosso espírito, baseadas em probabilidades, jamais devem ser consideradas *in rem judicatam*, como o chamam os juriconsultos, quer dizer, jamais devem ser para se negar a *revisão* do raciocínio, quando novas razões dignas de consideração surjam em sua oposição. Mas quando já não haja mais tempo para deliberar, deve-se seguir a decisão que se tenha tomado, com tanta frieza como se fosse infalível, mas nem sempre com tanto rigor”; ibidem: “Por outro lado, ainda que em matéria de justiça ordinariamente não seja permitido retratar-se dos juízos que tenham sido ditados, e rever contas encerradas (de outra forma haveria de estar em uma inquietação perpétua, o que se tornaria tão mais insuportável quanto que tampouco se poderia conservar sempre notícia das coisas passadas), contudo em certas ocasiões alguém pode apelar sobre a base de novos indícios, a fim de obter o que se denomina restituição *in integrum*, contra aquilo que se havia ditado”.

⁽⁵⁸⁾ Por causa da exclusividade das competências, do sigilo da instrução e da relativa irreparabilidade do erro judicial (salvo os graus ulteriores de julgamento e as hipóteses extraordinárias de revisão), nem a ciência jurídica nem a jurisprudência são idôneas para exercer sobre o juiz um controle comparável ao desenvolvido sobre o cientista ou o historiador pela comunidade dos estudiosos: isto torna tanto mais indispensável o controle sobre a jurisdição por meio da crítica externa, livre e isenta de preconceitos, e tanto mais intoleráveis os obstáculos opostos ao seu exercício (normas sobre o desacato aos juízes, sigilo no sumário, pretensões de não censurabilidade avençadas a miúdo pelo testamento judicial). Ao tema se dedicará o parágrafo 41.5.

⁽⁵⁹⁾ Desenvolvi esta tese em *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, cit., e em *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (org.), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973, I, p. 116 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Nosso Código de Processo Penal contém várias normas dirigidas a prevenir os casos extremos de “subjetividade”, tanto do juiz quanto de suas fontes de prova: as normas sobre a abstenção (impedimento) e a recusa (suspeição) do juiz; além disso, o art. 194.1 e 3, que proíbe no exame das testemunhas as “apreciações pessoais” ou as avaliações “sobre a moralidade do acusado”; o art. 194.2, que prevê o interrogatório a propósito “das relações de parentesco ou de interesse da testemunha”, “além das circunstâncias cuja comprovação seja necessária para avaliar sua credibilidade”. Sobre a subjetividade da *notitia criminis* referida nos boletins policiais, nas denúncias e nas queixas, cf. S. Pugliatti, *Conoscenza*, cit., p. 93-94. O direito romano e o canônico, baseando-se em uma refinada teoria dos erros, elaboraram um denso sistema de *normas de exclusão* (*infra*, nota 50 do capítulo 3).

⁽⁶¹⁾ A expressão “artificial” a propósito das declarações das testemunhas, as acareações, as confissões, os reconhecimentos e similares, é aqui usada para manifestar o fato de que tais fontes de prova –

diferentemente das fontes historiográficas, que costumam existir antes da investigação – são *formadas* pelos próprios investigadores. Neste sentido (proposto por F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 9-10; idem, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1982, 6.ª ed., p. 285-286) a expressão nada tem que ver com a distinção latina e medieval entre “provas artificiais” e “provas não artificiais”. Segundo esta distinção, correspondente à aristotélica entre “argumentos próprios da arte” e “argumentos sem arte” (*Rhetorica*, cit., I, 2, 1355b, p. 6-7) são “artificiais” os argumentos lógicos que “in disputatione et in argumentatione oratoris” e “não artificiais” os testemunhos, as confissões e similares “quae non exco-gitantur ab oratore... ut tabulae, testimonia, pacta” (Cícero, *De oratore*, 2, 27, 116) e que sempre para Cícero têm menor valor do que as primeiras (*De Republica*, I, 38 “apud me, ut apud bonum iudicem, argumenta plus quam testes valent”); cf. também G. W. Leibniz (ob. cit., livro IV, cap. XV, p. 599: “Os retóricos apresentam dois tipos de argumentos, os *artificiais*, que surgem das coisas por raciocínio, e os *não artificiais*, baseados nos testemunhos a respeito do homem ou talvez também da própria coisa”).

⁽⁶²⁾ Escreve F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., XXI, p. 108-109: “Supondo incorrupto e íntegro o notário que recebe as declarações, a probabilidade da prova que nasce da fé das testemunhas vem a ser em grande medida diminuída. Porque decresce quanto mais são os meios pelos quais passa, antes que o juiz intervenha. O notário é uma testemunha única, que dá fé do dito por outros. Temos, assim, um dito, uma probabilidade de probabilidade, uma sombra de prova. Se, ademais, calcula-se qual alteração ou diverso aspecto tomam as idéias com certas palavras, ou com outras enunciadas de um modo ou de outro, quanto deverá diminuir a fé nos testemunhos de quem nos transmite as idéias, um escrivão acostumado à gramática? Uma pontuação distinta, uma sintaxe alterada modifica completamente o sentido das palavras. Olvidamos no presente cálculo as inadvertências e os erros de memória, a fim de que, ao reduzir-se a zero a probabilidade que nasce do processo escrito, não pareça levarmos muito longe o paradoxo”. Sobre o nexo entre escritura e sistema inquisitivo e entre oralidade e sistema acusatório, cf. *infra*, o parágrafo 41.5.

⁽⁶³⁾ C. Perelman, *La specificità della prova giuridica* (1959), trad. it. de P. Negro, in *Diritto, morale e filosofia*, Guida, Napoli, 1973, p. 122-148; A. Falzea, Accertamento, *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, p. 205-219; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 33 e ss., e 43-49; J. Wroblewski, *La preuve juridique*, cit.; U. Scarpelli, Auctoritas non veritas facit legem, cit., p. 34 e ss.; M. Taruffo, Aspetti della giustificazione delle decisioni giudiziarie, in L. Gianformaggi e E. Lecalano (org.), ob. cit., p. 271-275. Cf. também *supra* a nota 25.

⁽⁶⁴⁾ Assim o estabeleciam, por exemplo, os arts. 62 e 67 da *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532. Sobre as provas legais e, em particular, sobre o princípio negativo *testis unus, testis nullus*, cf. *infra* o parágrafo 10.3 e a nota 29 do cap. 3.

⁽⁶⁵⁾ “Há atos que se apresentam sob a forma de um juízo e valem como normas” (F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 967). Sobre a função garantista da “coisa julgada”, cf. F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 197. Na presunção legal de verdade da “coisa julgada” (*res iudicata pro veritate habetur*), se põe de manifesto o caráter normativo da comprovação judicial, cuja “certeza” vem tutelada autorizadamente, inclusive à custa de sua possível falsidade, salvo nos casos taxativamente previstos pela lei de revisão da sentença. Deste modo, a *segurança legal* superpõe-se artificialmente à *insegurança empírica* própria de toda afirmação e, portanto, de qualquer hipótese judicial, intervindo para suprir a falibilidade dos juízes.

⁽⁶⁶⁾ “Que é uma regra falsa em matéria de procedimento? É uma regra que tende a pôr em contradição a decisão do juiz e a lei; que constrange o juiz a se pronunciar contra sua íntima persuasão, a sacrificar o fundo à forma, a julgar, como homem de lei, de maneira inteiramente diversa daquela que faria como pessoa privada. Neste caso, a arte fica condenada pelos artistas... o que se tem que evitar são as formas, as regras que colocam o juiz na necessidade de pronunciar uma sentença contra sua própria convicção e que fazem do procedimento o inimigo da lei substantivas” (J. Bentham, *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. II, p. 242). A respeito dos fins da fundamentação e a “conformidade com a lei” da decisão, da “celeridade”, da “economia” e da “eliminação de obstáculos supérfluos”, acrescenta Bentham em polémica com as leis e práticas de seu tempo, “o procedimento parece haver sido dirigido para fins absolutamente contrários e como que com o desejo de multiplicar os gastos, as dilações e as vexações, mediante o agregado de tudo o que possa fazer de ininteligível” (ibidem).

⁽⁶⁷⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 44.5 e 54.

⁽⁶⁸⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XII e XIV, p. 72-75.

⁽⁶⁹⁾ J. Bentham, ob. cit., liv. I, cap. III, p. 243.

⁽⁷⁰⁾ F. M. Pagano, ob. cit., XXVIII, p. 141.

⁽⁷¹⁾ J. Bentham, *Traité*, cit., liv. I, cap. III, p. 243-244: “Mas pode o homem de leis ignorar o que é conhecido por todo o mundo? Indubitavelmente, não. Contudo, há que distinguir nele dois seres, estranhos um ao outro: o homem natural e o homem artificial. O homem natural pode ser amigo da verdade; o homem artificial é seu inimigo. O homem natural pode raciocinar com bom sentido e simplicidade; o homem artificial não sabe raciocinar mais do que com a ajuda de sofismas, suposições e ficções. O homem natural pode ir diretamente ao seu objetivo; o homem artificial não sabe chegar a ele mais do que mediante infinitas voltas. E se lhe perguntasse: *que horas são?*, *que tempo faz?*, sentiria a necessidade de começar a colocar duas ou três pessoas entre ele e o interlocutor e de inventar alguma ficção astrológica e de empregar algumas semanas ou meses em escrituras e questões preliminares. No seio de sua família, o homem de leis volta, por força do bom senso, a esse método simples do qual se afastara, no foro, pela loucura da erudição. Não há nenhum entre eles tão envolvido por suas práticas judiciais, que as aplique para assuntos domésticos. Toma suas máximas junto com suas vestimentas cerimoniais e afasta tudo ao mesmo tempo. Se quiséssemos imaginar uma idiotia – mas uma idiotia triste e incompreensível –, não teríamos mais do que supor um advogado inglês que quisesse levar para a vida normal as ficções, as regras e a lógica do foro”. Bentham ilustra esta idiotia profissional contando em uma nota uma divertida anedota: “Encontrava-me presente no Tribunal do Rei, na sala de Westminster, quando o célebre Wilkes, depois de haver-se subtraído algum tempo à sentença que esperava, apresentou-se de improviso para recebê-la. Não é possível descrever o quanto desorientou e confundiu os juizes essa inesperada aparição. As formalidades haviam querido que aquele comparecesse não por sua conta, senão acompanhado do *sheriff*. Ao faltar esta formalidade, o embaraço da justiça deu vida a uma farsa. Por fim foi dito: ‘Senhor, quero crer, pessoalmente, que o Sr. está aqui presente, dado que o Sr. o diz e meus olhos o vêem; mas não existe nenhum precedente de que um Tribunal, em caso semelhante, tenha considerado que se devesse confiar nos seus próprios olhos, por isso este Tribunal nada tem a dizer-lhe’. Quem fez este discurso? Um dos melhores gênios da Inglaterra. Mas para que serve o gênio, quando está obscurecido por regras que impedem que os olhos vejam e que os ouvidos ouçam” (ibidem). Não menos extraordinária é a aventura contada por Voltaire de um certo Sr. La Pivardière, por cujo assassinato se havia promovido um processo contra sua esposa, baseado em indícios fraquíssimos: “Um dia La Pivardière volta para a sua casa e se apresenta aos juizes da província, que procediam por seu homicídio. Mas os juizes não querem perder seu processo: sustentam que está morto, que é um impostor por se declarar ainda com vida, que deve ser punido por tal mentira à justiça, que seus procedimentos são mais críveis do que ele. Fizeram falta seus bons dezoito meses de processo, antes que o pobre homem pudesse obter um decreto declarando que ainda estava vivo” (*Prix de la justice et de l’humanité* (1777), in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Garnier, Paris, 1880, XXX, *Mélanges*, IX, art. XII, p. 577).

⁽⁷²⁾ K. R. Popper, *Congettura*, cit. 10, p. 391.

⁽⁷³⁾ Idem, ibidem, 10, p. 425. Cf. também A. J. Ayer, *Il problema della conoscenza*, cit., cap. II.

⁽⁷⁴⁾ Sobre este traço comum tem chamado recentemente a atenção V. Villardo, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 220 e ss.; idem, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIV, 1984, 2, p. 401-459; idem, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, ob. cit., XV, 1985, 2, p. 371-399.

⁽⁷⁵⁾ Cf. a passagem de Beccaria, reproduzida *supra*, na nota 24.

⁽⁷⁶⁾ A aplicabilidade da lógica às normas e, portanto, à dedutibilidade dos imperativos individuais (“o ladrão S deve ser punido com a pena P”) a partir de imperativos gerais (“todos os ladrões devem ser punidos com a pena P”) vem negada – conforme o dogma protopositivista da aplicabilidade da lógica somente aos enunciados verdadeiros ou falsos – por A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), trad. it. em *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 73-96, e sobretudo por H. Kelsen, *Diritto e logica* (1965), trad. it. em R. Guastini (org.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 173-195; idem, *Teoria generale delle norme*, cit., LVII e LVIII, p. 350-429. A tese tem sido acolhida na Itália sobretudo por R. Guastini, In tema di ragionamento giudiziario, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, p. 199-203; idem, *Questioni di deontica* in Ross, ob. cit., p. 481-506; idem, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappi-

chelli, Torino, 1982, p. 83-101; idem, Produzione di norma a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico, in L. Gianformaggio e E. Lecaldano (a cargo de), ob. cit., p. 173-201. Contra esta tese, cf. por último O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethic. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1981; D. Zolo, *Scienza politica*, in Otto Neurath, cit., p. 177-178; L. Gianformaggio, Se la logica se applichi alle norme. In cerca del senso di una questione, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, XVI, 2; idem, In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova, Giuffrè, Milano, 1987. Veja-se também sobre o tema as contribuições de Eugenio Bulygin, Georg H. von Wright, Otto Weinberger, Aulus Aarnio, Aleksander Peczenik, Neil MacCormic, Jerzy Wroblewski, in P. Comaducci e R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987.

⁽⁷⁷⁾ Isto é o que ocorre, como se verá no parágrafo 12, quando o poder judicial é em todo ou em parte – por defeito das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdiccionariedade – *poder de disposição*.

⁽⁷⁸⁾ “Os axiomas não são, pois, nem juízos sintéticos *a priori* nem fatos experimentais. São convenções: nossa escolha entre todas as convenções possíveis está *guiada* pelos fatos experimentais, mas permanece *livre*, e só é guiada pela necessidade de evitar toda contradição (...) Então, que se deve pensar desta pergunta? É verdadeira a geometria euclidiana? A pergunta não tem qualquer sentido. É a mesma coisa que perguntar se o sistema métrico é verdadeiro e as antigas medidas são falsas; se as coordenadas cartesianas são verdadeiras e a coordenadas polares falsas. Uma geometria não pode ser mais verdadeira do que outra, somente pode ser *mais cômoda*” (H. Poincaré, *La science et l'hypothèse* (1902), trad. it. de F. Alberghamo, *La scienza e l'ipotesi*, La Nuova Italia, Firenze, p. 58-59).

⁽⁷⁹⁾ “Quando se formula um enunciado, confronta-se-o com a totalidade dos enunciados existentes. Se concorda com estes, acrescenta-se-o a eles; se não concorda, é caracterizado como ‘não verdadeiro’ e é abandonado, ou bem se altera o atual conjunto de enunciados da ciência para que o novo enunciado possa ser nele inserido; em geral, dificilmente se escolhe esta última opção” (O. Neurath, *Physikalismus*, *Scientia*, 50, 1931, p. 299).

⁽⁸⁰⁾ Cf. *infra*, notas 86 e 87.

⁽⁸¹⁾ Concepções de tipo sintático e/ou pragmático da justificação jurídica como “coerência” ou “aceitabilidade” em alternativa à da verdade como correspondência são oferecidas – ainda dentro da variedade dos pressupostos epistemológicos de base – por A. Aarnio, *On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics*, cit.; idem, *Philosophical perspectives in jurisprudence*, cit.; A. Aarnio, R. Alexy e A. Peczenik, *The foundation of legal reasoning* (1981), trad. it. I fondamenti del ragionamento giuridico, in P. Comaducci e R. Guastini, ob. cit., p. 121-187; R. Guastini, *Osservazioni in margine*, ob. cit., p. 189-210; N. MacCormick, *Coherence in legal justification* (1984), trad. it., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, ob. cit., p. 243-262; P. Comaducci, *Osservazioni in margine*, ob. cit., p. 265-275; R. Dworkin, *Laws empire*, Fontana Press, London, 1986; V. Villa, *Truth and acceptability in legal and empirical science*, *Reason in law*, cit., p. 361-369; idem, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1988, p. 567-597. Deve-se assinalar que estes autores se ocupam exclusivamente da verdade (ou justificação) das proposições jurídicas que versam sobre normas e quase nunca da verdade (ou prova) das proposições judiciais fáticas, concretas, para as quais é mais evidentemente iniludível, dentro de um sistema garantista, a referência empírica (ou a “correspondência”) à existência ou não dos fatos em julgamento; que ademais, no campo das proposições jurídicas, ocupam-se predominantemente das proposições da dogmática jurídica, muito menos das proposições judiciais e ainda menos das proposições judiciais penais, nas quais a referência empírica da motivação às normas vem prescrita, dentro dos ordenamentos codificados que incluem o princípio de estrita legalidade, pelas garantias da taxatividade dos pressupostos típicos penais e pela proibição conexa da analogia. Dito isto, a aceitação da teoria da correspondência é perfeitamente compatível com a concepção ampla da coerência, oportunamente sustentada por tais autores – não como “consistência lógica”, mas genericamente como “congruência” ou “harmonia” (*fitness*) com o conjunto das demais teses aceitas –, uma vez esclarecido que a “correspondência” designa o *significado* ou as condições de uso do termo “verdadeiro”, enquanto a “coerência” designa um *critério* ou uma condição para a aceitação da verdade das teses afirmadas.

⁽⁸²⁾ “Não há dúvida de que o que ordinariamente chamamos de ‘verdade’ é a correspondência com os fatos: na linguagem comum chamamos ‘verdade’ à correspondência mais no sentido de coerência

ou de utilidade prática. O juiz que exorta a testemunha a dizer a verdade e nada mais do que a verdade não lhe pede para dizer o que considere útil, seja para si mesmo, seja para mais alguém. O juiz pede à testemunha a dizer toda a verdade e nada mais do que a verdade, mas não diz: 'O que queremos do Sr. é que não incorra em contradições'. Em outras palavras, não há dúvida de que se trata da correspondência no sentido comum de 'verdade', tal como se emprega no julgamento" (K. R. Popper, *Conoscenza*, cit., 8, p. 415).

⁽⁸³⁾ Cf. D. Zolo, *Scienza e politica*, cit., p. 48 e 125-126, segundo o qual, "falar de verdade" ou de "realidade" (ou seja, de verdade no sentido tarskiano de "correspondência" com a realidade) "é de certa forma arriscado, porque este uso linguístico parece aludir à existência de alguma proposição definitiva".

⁽⁸⁴⁾ Particularmente, a diferença se tornará decisiva para fundamentar os critérios subjetivos e as respectivas garantias acerca da justificação do convencimento do juiz em consonância com a força indutiva das provas (*infra*, parágrafo 10.7).

⁽⁸⁵⁾ Cf. de minha autoria Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, III, p. 539 e ss.

⁽⁸⁶⁾ "Quando esse requerimento, plano ou pretensão é seguido por nós, conduz-nos verdadeira ou falsamente; nos conduz no sentido de nossa finalidade ou em outra direção diversa, o que tem maior importância em sua função operante, dinâmica. Toda sua verdade ou falsidade radica na qualidade do agir ao qual nos induz. A hipótese que funciona na prática é a única verdadeira; a verdade é um substantivo abstrato, que é aplicado numa série de casos, atuais, previstos e desejados, que são confirmados em suas obras e em seus resultados" (J. Dewey, *Reconstruction in philosophy* (1920), The New America Library, New York, 1951, p. 128-129); toda idéia é um "esboço desenhado a partir de coisas existentes, uma intenção de atuar de forma que tais coisas se coloquem de uma determinada maneira. Disto deriva que se aquele esboço dá bons resultados, se as existências, com base em informações advindas das ações, se restabelecem da maneira desejada, então a idéia é verdadeira"; idem, *Essays in experimental logic*, Chicago, 1916, p. 316-317. "Em geral, por 'conceito' não entendemos nada além do que um grupo de operações; o conceito é sinônimo do correspondente grupo de operações" (P. W. Bridgman, *The logic of modern physics* (1927), trad. it. de V. Somenzi, *La logica della fisica moderna*, Boringhieri, Torino, 1965, cap. I, p. 37).

⁽⁸⁷⁾ T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit. Um discurso análogo pode ser feito para as teorias pós-empiristas de Hanson, Feyerabend e Lakatos e para aquelas construtivistas de Putnam, Goodman, Hesse, Rescher e Rosty (sobre as quais, cf. V. Villa, *La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo*, *Studi in memoria de Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi teorico-giuridici, Giuffrè, Milano, 1990, p. 617-665).

NOTAS DO TRADUTOR

^{NT1} Código Penal brasileiro, art. 129, §§ 1.º e 2.º.

^{NT2} Código Penal brasileiro, art. 129, § 2.º, IV.

^{NT3} Código Penal brasileiro, art. 129, § 1.º, I: a incapacidade para as ocupações habituais deve ser por mais de trinta dias.

^{NT4} Código Penal brasileiro, art. 129, § 2.º, IV: apenas trata genericamente de "deformidade permanente".

MODELOS DE DIREITO PENAL

JUAREZ TAVARES

SUMÁRIO: 6. AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS: 1. Princípios e modelos de direito penal; 2. Dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG; 3. O princípio da legalidade estrita: um modelo regulador – 7. PARA UMA TIPOLOGIA DOS SISTEMAS PUNITIVOS: 1. Graus do garantismo; 2. Modelos de processo penal autoritário; 3. Modelos de direito penal autoritário; 4. Modelos punitivos irracionais – 8. DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO: 1. Direito penal mínimo e racionalismo jurídico; direito penal máximo e irracionalismo jurídico; 2. Dois modelos de certeza relativa; 3. A dúvida: incerteza de fato e incerteza de direito.

6. AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS

1. Princípios e modelos de direito penal

Falou-se, no começo, da unidade e da coerência rastreáveis no plano epistemológico, para além de seus heterogêneos pressupostos filosóficos, entre os diversos princípios que compõem o modelo garantista de direito penal. Esta unidade foi identificada por último, essencialmente, na decidibilidade por eles assegurada da verdade processual das hipóteses de delito formuláveis como pressupostos da pena. De acordo com isso, torna-se agora possível traçar uma tabela analítica e sistemática, ainda que inevitavelmente esquemática, de todos estes princípios e, por outro lado, individualizar os diversos modelos de ordenamento penal de uma ou de outra forma autoritários, que resultam da falta ou da lesão de um ou de vários deles. Estes princípios, todos eles formuláveis como proposições de implicação ou condicionais, estão na realidade ligados entre si. É, pois, possível formulá-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordená-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas ou modelos.

Os termos que empregarei na formulação destes princípios são onze: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. Cada um destes termos, excluído obviamente o primeiro, designa uma condição necessária para a atribuição de pena dentro do modelo de direito penal que ele mesmo concorre em definir. Dentro de tal modelo – se definirmos a *responsabilidade penal* como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena¹ – cada um deles designa, ademais, uma condição da responsabilidade penal. É supérfluo precisar que estes termos e as condições por eles designadas, ao serem introduzidos por escolhas

de natureza teórica e convencional, poderiam ser diversos e, sobretudo, mais numerosos. As condições mais problemáticas, cuja satisfação jamais será perfeita, são em todo caso as da “prova” e da “defesa”, no duplo sentido de verificabilidade e refutabilidade em abstrato e de verificação e refutação em concreto das hipóteses acusatórias predeterminadas por lei. Na realidade, sabemos que um direito penal totalmente “com verdade”, se se entender “verdade” em sentido objetivo, representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar.

Os *axiomas garantistas* – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionalizada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de *implicações deonticas*, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a *modelos* deonticos, normativos ou axiológicos. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso – como se realizará no curso deste livro – para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal.²

Cada uma das implicações deonticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir. “Aliud fraus, aliud poena”, escreve Ulpiano: “fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest”.³ A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” designam requisitos ou condições penais, enquanto “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão *garantias penais*, e os exigidos para os segundos, *garantias processuais*.

2. Dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG

Denomino *garantista*, *cognitivo* ou *de legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização⁴ resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão lingüística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*. Sua análise teórica se desenvolverá na terceira parte deste trabalho, onde discutirei pormenorizadamente as questões da legitimação *política* expressas pelas perguntas acerca do “quando” e do “como” da intervenção penal. Justamente, analisarei no capítulo 7 os princípios A1, A2 e A3, que respondem às perguntas “quando e como punir” e expressam as garantias relativas à *pena*; no capítulo 8, os princípios A4, A5 e A6, que respondem às perguntas “quando e como proibir” e expressam as garantias relativas ao *delito*; no capítulo 9, os princípios A7, A8, A9 e A10, que respondem às perguntas “quando e como julgar” e expressam as garantias relativas ao *processo*. A análise dogmática dos mesmos princípios – com referência ao direito positivo italiano e aos diversos subsistemas nos quais se diferencia – será desenvolvida, ao contrário, na quarta parte, onde ilustrarei suas formulações às vezes infelizes e insuficientes em nossas leis constitucionais e ordinárias, seus desmentidos ou suas violações nos distintos níveis normativos de nosso ordenamento e suas conseqüentes funções de deslegitimação, além das de legitimação *jurídica*.

Dos dez axiomas de nosso sistema SG – inderiváveis entre si e, não obstante, encadeados de maneira que cada um dos termos implicados implique por sua vez o sucessivo – derivam, mediante silogismos triviais, quarenta e cinco teoremas. Com efeito, todos os termos implicados são enunciáveis como conseqüentes de outras tantas implicações, que têm como antecedentes todos os termos que as precedem no sistema.⁵ Assim, pois, diremos: *nulla poena sine lege* (T11), *nulla poena sine necessitate* (T12), *nulla poena sine injuria* (T13) e de igual forma, em matéria de pena, até a tese *nulla poena sine defensione* (T19); ademais, *nullum crimen sine necessitate* (T20), *nullum crimen sine injuria* (T21), *nullum crimen sine actione* (T22), *nullum crimen sine culpa* (T23), e, de igual for-

ma em tema de crime, até a tese *nullum crimen sine defensione* (T27) e, assim, sucessivamente. Ao todo teremos cinquenta e seis teses, das quais dez primitivas e as demais derivadas, que conjuntamente configuram nosso modelo penal garantista e cognitivo.

O conjunto pode parecer algo complicado. Por isso, podem ser sugeridas duas formulações equivalentes, mas compendiadas: uma constituída pela série das implicações que levam como antecedente cada termo da série e como conseqüente o produto lógico dos que lhe servem, e outra constituída pela série das implicações que levam como conseqüente cada termo da série e como antecedente a soma lógica dos que o precedem.⁶ A primeira série (T56-T65) conecta entre si todas as garantias que condicionam os princípios relativos a cada termo do sistema; a segunda (T66-T75) conecta todos os princípios nos quais é articulada e pelos quais está condicionada cada uma das dez garantias.⁷

3. O princípio da legalidade estrita: um modelo regulador

De todos os princípios garantistas – ou garantias – expressos por nossos dez axiomas e pelas dez teses deles derivadas, aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o *princípio da legalidade estrita*, enunciado pelo axioma A3, pelas teses T28-T34 e, resumidamente, pela tese T58.

Este princípio, que já ilustrei sumariamente no parágrafo 1 e que redefinirei analiticamente no parágrafo 9, ocupa um lugar central no sistema de garantias. Distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, expresso no axioma A2 e de maneira mais completa na tese T67, por sua distinta forma lógica. Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue, como melhor esclarecerei nos parágrafos 26 e 28, um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.

Voltarei mais vezes, ao longo deste livro, a esta diferença estrutural. Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considere como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados.⁸ No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a *reserva relativa de lei*, entendendo “lei” no sentido formal de *ato* ou mandato legislativo e se limita a prescrever a *sujeição do juiz às leis vigentes*, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a *reserva absoluta de lei*, entendendo “lei” no sentido substancial de *norma* ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja for-

mado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz *somente* à lei.

É evidente, com efeito, que só à medida que se satisfaça este segundo princípio pode a motivação jurídica de uma sentença adquirir caráter declarativo e ser suscetível de controle empírico como verdadeira ou falsa, ademais de válida ou inválida. O primeiro princípio, ao contrário, se torna satisfeito também por figuras de delito como “atos hostis”, “atos obscenos” ou, até mesmo, “atos maldosos”, ou de outro modo “reprováveis”, cuja aplicação válida não permite verificações ou falseabilidade, mas apenas valorações, que como tais não são nem verdadeiras nem falsas. Legalidade (apenas) no sentido lato e legalidade (também) no sentido estrito se configuram conseqüentemente como duas tecnologias penais distintas, caracterizadas por condições diversas, impostas pela semântica da linguagem penal à validade das proposições judiciais nela formuladas. Mediante uma fórmula sintética se pode dizer que a jurisdição consiste no *uso* dos conceitos dos quais o legislador estipula as *regras de uso*; ou bem, segundo a dicotomia usual na lingüística antes recordada, enquanto esta é um fato da *língua*, aquela é um fato da *linguagem*. Está claro que a linguagem, isto é, o uso da língua, está tão vinculada quanto seja vinculante a língua, isto é, as regras da linguagem. Deste modo, quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, de conformidade como princípio de legalidade estrita, tanto mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem e tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas e, antes mesmo, verificáveis e falseáveis.

Compreende-se, por outro lado, como o princípio de legalidade estrita implica todas as demais garantias – da materialidade da ação ao juízo contraditório – como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema. Precisamente, como mostrarei no próximo capítulo, a legalidade estrita garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos. Enquanto isso, a estrita jurisdicionariedade garante a verificação e a falseabilidade dos tipos penais concretos, assegurando mediante as garantias processuais os pressupostos empíricos do ônus da prova a cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa. Legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade resultam, assim, mediadas e conectadas, a primeira como pressuposto da segunda, pelo princípio cognitivo da significação normativa e da certeza probatória, no sentido declarado no capítulo precedente, de que o juiz comprova ou prova como verdadeiro (que se cometera um delito) apenas (se o fato comprovado ou provado corresponder a) o que estiver taxativamente denotado na lei como delito.

O modelo-limite que disso resulta tem para o direito penal e para a cognição judicial o mesmo valor teórico e a mesma função reguladora que o modelo tarskiano da verdade como correspondência tem para o conhecimento científico. Uma vez que seus princípios não se limitam a estabelecer as condições de uso da noção semântica de verdade processual, mas valem também para garantir a imunidade dos cidadãos acerca das intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias, este modelo de responsabilidade penal não é apenas um modelo epistemológico de *racionalidade* do juízo, senão ainda um modelo regulador de *justiça formal*. À medida que tais princípios estejam incorporados no ordenamento positivo

sob a forma de princípios constitucionais ou, em todo caso, legais, constitui ele também um modelo normativo de legitimidade jurídica ou de *validade*.

Por outra parte, ao estarem concatenados entre si os dez princípios do sistema *SG*, cada um deles estará reforçado e especificamente conotado por todos os demais, no sentido de que o alcance garantista de cada um dos dez axiomas será tanto maior quanto mais numerosas sejam as condições, que por sua vez devem satisfazer as condições conseqüentes, estabelecidas em cada um. Disso deriva que o sistema garantista *SG* pode resultar debilitado, por subtração devida à falta ou à lesão de algumas das condições ou garantias, indicadas como necessárias para a imposição da pena, por sua tese compendiada T56. Só por isso será possível agora formular uma tipologia, obviamente esquemática, dos modelos teóricos de direito penal segundo o número ou o tipo de garantias asseguradas por eles e, portanto, segundo a medida e o *grau* como se acercam ou se afastam de nosso modelo-limite *SG*. Esta tipologia serve, ademais, para explicar e para valorar os distintos sistemas penais concretos, considerados tanto em sua dimensão normativa quanto na de seu efetivo funcionamento e, por isso, para identificar seus perfis de *irracionalidade*, de *injustiça* e de *invalidéz*.

7. PARA UMA TIPOLOGIA DOS SISTEMAS PUNITIVOS

1. Graus do garantismo

A tipologia dos sistemas punitivos, que se desenvolverá aqui mediante subtrações sucessivas de axiomas garantistas do sistema de legalidade estrita *SG*, não tem pretensões de exaustividade. Logicamente, na realidade, de *SG* se podem subtrair um ou mais axiomas quaisquer e originar, assim, uma quantidade inumerável de sistemas penais de diversas espécies. Na prática, contudo, o número destes sistemas se reduz notavelmente se se considerar que muitas das garantias pressupõem outras, na falta das quais elas também sucumbem ou, em todo caso, resultam debilitadas. A ligação é particularmente estreita entre os axiomas A1-A6, que enunciam as garantias *penais*, e entre os axiomas A7-A10, que enunciam as garantias *processuais*. Por exemplo, na falta do princípio de retributividade, um sistema carece também dos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade; sem o princípio da jurisdiccionariedade faltam também inevitavelmente o princípio acusatório e os do ônus da prova e da defesa. Mas é evidente também que todas as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas. Quanto ao princípio de legalidade, como se viu, é uma garantia complexa. Se “em sentido estrito” (T58) requer a presença de todos os demais princípios, que se torna assegurada somente em *SG*, “em sentido lato” (A2) configura, ao contrário, seu pressuposto, dado que nenhuma outra garantia seria concebível se ele faltasse por completo.

Será, pois, suficiente aos fins teóricos aqui perseguidos configurar somente outros nove sistemas em adição a *SG*, disponíveis em grandes traços na ordem do garantismo decrescente e do autoritarismo crescente: um sistema *S1* “sem prova e defesa (em sentido estrito)”; um sistema *S2* “sem acusação separada”; um sistema *S3* “sem culpabilidade”; um sistema *S4* “sem ação”; um sistema *S5* “sem ofensa”; um sistema *S6* “sem necessidade”; um sistema *S7* “sem delito”; um sistema *S8* “sem juízo”; um sistema *S9* “sem lei”.⁹ Cada um destes sistemas se torna caracterizado, relativamente a *SG*, pela falta ou pelo enfraquecimento, além da garantia subtraída, também de muitas das que ele pressupõe e a precedem na ordem em que os diversos sistemas foram elencados. Vale não só para con-

figurar modelos teóricos e normativos de grau de garantismo continuamente inferiores, mas também para descrever as composições reais dos ordenamentos penais positivos ou de seus institutos específicos, que de fato carecem de garantias acerca de seus modelos normativos de nível jurídico superior.

2. Modelos de processo penal autoritário

O sistema *SI* “sem prova e defesa (em sentido estrito)”, que chamarei também de *sistema de mera legalidade*, deriva da subtração de *SG* dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa, expressos pelos axiomas A9 e A10. Para compreender sua natureza é útil distinguir, da mesma forma, entre legalidade estrita e legalidade lata, entre verificação probatória e contestação defensiva *em sentido estrito (ou forte)* e *em sentido lato (ou fraco)*.¹⁰ Prova e defesa serão no sentido estrito apenas se, graças à legalidade estrita ou taxatividade da previsão legal das hipóteses de delito, o sistema permitir, como em *SG*, a decidibilidade da verdade processual das conclusões jurídicas apoiadas por elas. Caso contrário, se a acusação e a defesa forem, como em *SI*, apenas argumentáveis, mas não ainda verificáveis e contestáveis, estas mesmas garantias só estarão presentes em sentido lato. É o caso, frequentíssimo no ordenamento italiano, das figuras legais de delitos cujos elementos constitutivos estão formulados em termos até tal ponto valorativos e polissêmicos, de modo que sua interpretação não permite falar, nem sequer em sentido aproximativo, de verificação jurídica, consistindo de opções e de juízos de valor.¹¹ Está claro que a falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena e, em consequência, um enfraquecimento de todas as demais garantias e a estrita jurisdicionariedade de *SG* decaem, em *SI*, à mera legalidade e à mera jurisdicionariedade.

O sistema “sem acusação separada” *S2*, que configura o *método inquisitivo*, deriva, por sua vez, da subtração do axioma A8 sobre a imparcialidade do juiz e sobre sua separação da acusação. Aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Em tais sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, frequentemente, a publicidade e a oralidade do processo.¹² Mas é fácil compreender que a carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa. O enfraquecimento das garantias processuais pode chegar nestes sistemas até à total falta de prova e de defesa: não apenas, como em *SI*, em sentido estrito, pela indeterminabilidade da verdade processual, senão ainda, em sentido lato, pela admissão de intervenções penais sem qualquer satisfação ao ônus da prova por parte da acusação e/ou sem qualquer controle por parte da defesa. É o que, como se verá, ocorria e em parte ocorre no ordenamento italiano, por causa de múltiplas instituições, como a prisão preventiva obrigatória do acusado, que o velho código previa em atenção unicamente ao título ou ao nome do delito, que a acusação classificava na denúncia; como a exclusão da defesa e, portanto, do contraditório nas fases secretas das investigações preliminares; como a inversão do ônus da prova nos delitos de suspeita e, por outro lado, a favor de quantos colaboram ou pactuam com a acusação.¹³ É evidente que nestes casos, ao faltar a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabam por informar-se mediante critérios meramente substancialistas e de autoridade.

3. Modelos de direito penal autoritário

Não menos estritos são os nexos que ligam entre si as garantias penais: a culpabilidade, a materialidade, a lesividade e a retributividade.

Chamo *objetivista* o sistema “sem culpabilidade” S3, que carece do elemento da intencionalidade do delito, expressado pelo axioma A6. O esquema é arcaico e reflete ordenamentos penais primitivos, informados pela responsabilidade objetiva – coletiva, ou pelo fato alheio ou impessoal –, ligada por sua vez ao conhecimento e à vontade da ação e/ou do fato delituoso, ao critério elementar do talião. Mas o sistema se encontra também difundido no direito penal moderno. Existem na realidade, ainda hoje, como se verá no parágrafo 35, doutrinas e ordenamentos que privilegiam estruturalmente a função exclusiva da defesa social e que, por isso, descuidam, no todo ou em parte, do elemento subjetivo da culpabilidade, reputando-o irrelevante no plano prático e inconsistente no plano teórico. Existem, por outra parte, em quase todas as legislações, incluída a italiana, algumas figuras de responsabilidade objetiva, presumida ou sem culpa.¹⁴ Então, resultam debilitados, nestes casos, também o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, que vinculam réu e delito, juntamente com as demais garantias processuais em matéria de prova e de defesa.

Ao contrário, podemos chamar *subjetivistas* os sistemas S4 “sem ação” e S5 “sem ofensa”, privados, respectivamente, da garantia da materialidade da ação, expressada pelo axioma A5, e da lesividade do fato, expressada pelo axioma A4. Ambos os sistemas se caracterizam pelo fato de que as figuras legais de delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referência à subjetividade desviada do réu. Precisamente, os sistemas ou as normas “sem ação” (entendida “ação”, obviamente, tanto no sentido de “comissão” quanto de “omissão”, empiricamente denotável) reprimem não tanto ou não apenas determinados comportamentos, senão atitudes ou situações subjetivas de imoralidade, de perigosidade ou de hostilidade ao ordenamento, para além de sua exteriorização em manifestações delituosas concretas. Entretanto, os sistemas e as normas “sem ofensa” prescindem da lesão de bens jurídicos concretos, ou reprimindo antecipadamente a simples e freqüente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela. Pense-se, por exemplo, nos tipos penais, integrados no todo ou em parte por condições ou qualidades desviantes das pessoas, nos delitos de perigo abstrato ou presumido, nos delitos de associação, nos delitos de opinião e nos delitos de suspeita.¹⁵ Em ambos os casos, o esquema punitivo, ao não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente denotados pela lei, resulta amplamente substancialista e decisionista: a subjetivação das hipóteses normativas de delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais.

Substancialismo e subjetivismo, além disso, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado *tipo de autor*, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente “sem ação” e “sem fato ofensivo”. A lei, neste caso, não proíbe nem regula comportamentos, senão configura *status* subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável

pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias. Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal. O caso limite é o das leis penais raciais, em que uma condição natural da pessoa constitui por si só o pressuposto da pena. Mas o mesmo esquema vem reproduzido pela persecução penal dos hereges e das bruxas e, nos tempos modernos, pelo modelo nazista do “tipo normativo de autor”, pelo stalinista do “inimigo do povo” e pelo positivista do “delinqüente nato” ou “natural”. Em nosso ordenamento são reconduzidas a ele, por exemplo, as normas que dispõem acerca de medidas punitivas contra os “ociosos”, os “vagabundos”, os “propensos a delinqüir” e similares.¹⁶ Não obstante, o esquema pode ser cumprido não apenas por via legal, mas também por via judicial: pense-se no abuso jurisprudencial, nas macroinstituições contra a criminalidade organizada, nas figuras do concurso moral e do delito associativo, consideradas às vezes, na falta de qualquer fato específico, com base nos antecedentes dos acusados ou à sua colocação ou identidade social e política.¹⁷

Um lugar à parte em nossa tipologia ocupa depois o sistema “sem necessidade” *S6*, que carece do princípio de economia do direito penal, expresso pelo axioma A3 e que podemos chamar de *vexatório*. Este sistema é assimétrico em relação aos demais, dado que o princípio de economia ou de necessidade não expressa propriamente uma técnica punitiva, mas um critério de política criminal cuja satisfação está condicionada mas não é condicionante das demais garantias. Deste sistema bastará dizer que se caracteriza pela presença de proibições e penas supérfluas, em contraste com as razões de utilidade individual e coletiva que, como veremos, justificam o direito penal: de proibições penais injustificadas por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou de penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado.

4. Modelos punitivos irracionais

Podem ser concebidos, enfim, outros três sistemas punitivos – não propriamente penais, mas pré-penais ou extrapenais – que com uma expressão de Max Weber chamarei *irracionais*:¹⁸ o sistema *S7* “sem delito”, que carece do axioma A1, o sistema *S8* “sem juízo”, que carece do axioma A9, e o sistema “sem lei”, que carece do axioma A2.

O primeiro destes sistemas, que chamarei de *mera prevenção*, não é distinto do sistema puramente subjetivista do “tipo de autor”, a respeito do qual carece, inclusive formalmente, do princípio da retributividade, expresso pelo axioma A1. Entre os pressupostos da sanção penal, resulta nele suprimido todo o fato delituoso e não apenas, como em *S3*, *S4* e *S5*, seu elemento subjetivo ou seu elemento objetivo. A punição, conseqüentemente, assume nele a natureza de medida preventiva de desvio, em vez de retributiva, não – tenha-se em conta – a função de “prevenção geral”, exercida por sua ameaça legal preventiva como conseqüência do delito, mas uma função de “prevenção especial”, ligada à sua cominação preventiva, como um *prius* em vez de um *posterius* relativamente ao fato criminoso. É evidente o caráter não igualitário, ademais de puramente decisionista, deste

esquema de intervenção punitiva. De conformidade com ele, o direito e o processo penal se transformam de sistema de retribuição, dirigido a prevenir os fatos delituosos por meio da comprovação e da punição dos já ocorridos, em sistema de pura prevenção, dirigido a afrontar a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros. Tal é, por exemplo, no ordenamento italiano, o conjunto das instituições do subsistema penal especial, que ilustrarei no capítulo 11 – as medidas cautelares, incluída a prisão preventiva, as de prevenção, as de segurança e as de ordem pública – e que formam uma espécie de direito penal e processual preventivo, que franqueia o ordinário ou retributivo. Naturalmente, a ausência do nexó entre pena e delito dissolve em tais casos, inclusive, a garantia da legalidade, ademais dos eventuais vínculos da jurisdiccionariedade: a lei que estabelece os pressupostos da medida preventiva, com efeito, corresponde a uma norma em branco, quer dizer, a uma espécie de caixa vazia, preenchida em cada ocasião dos conteúdos mais arbitrários; o juízo, ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social.

Os dois últimos sistemas, baseados um apenas no princípio *nulla poena sine lege*, o outro apenas no princípio *nulla poena sine iudicio*, correspondem a formas absolutas do Estado “selvagem” ou “disciplinar”.¹⁹ Destes, o primeiro representa o *Estado policial*, caracterizado por leis em branco, que permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio: pense-se, por exemplo, nos plenos poderes militares ou de polícia previstos pela lei italiana durante o “estado de guerra” ou “de perigo público”.²⁰ O segundo corresponde, ao contrário, ao chamado por Weber “justiça patriarcal” ou “do cádi”,²¹ não vinculada a nenhum critério preestabelecido, nem de fato nem de direito, mas remetida à boa vontade dos príncipes, dos notáveis, do sábio embaixo da árvore ou talvez do povo no estádio, como justiça completamente “substancial”, “material”, sumária ou eqüitativa.²² Está claro que a falta total de jurisdiccionariedade, no primeiro caso, e de legalidade, no segundo, esvazia de conteúdo garantista igualmente a única condição exigida – a lei ou o juízo –, unindo os dois sistemas sob a insígnia do arbítrio e tornando-os dificilmente distinguíveis na prática.

Os dez sistemas que distinguimos serão profusamente analisados na terceira parte, onde examinarei separadamente cada uma das dez garantias que delimitam o poder punitivo no modelo SG do “Estado de direito” e que faltam em certa medida nos outros nove. Posteriormente, serão utilizados, na quarta parte, como chaves de interpretação e de análise teórica das diversas instituições penais e processuais que, em nosso ordenamento, por causa das três separações entre normatividade e efetividade de que se tratou na introdução, derrogam de diversos modos e graus o modelo garantista, traçado, ainda que sumariamente, por seus princípios constitucionais. Com base nisso, será possível também controlar a hipótese aludida, segundo a qual a lesão de cada garantia, ao estarem concatenados entre si os axiomas de cada sistema, não comporta apenas uma mudança de sistema, mas repercute sobre o conjunto das garantias restantes, debilitando-as ou inclusive anulando-as. Entretanto, pode-se afirmar desde logo que, à medida que o sistema cognitivo SG seja um modelo limite não satisfeito, todo o sistema positivo de direito penal e processual apresenta, ainda que em graus distintos conforme as diversas normas e as diversas práticas, algum elemento de irracionalidade, próprio do “Estado policial” e/ou da “justiça do cádi”.

8. DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO

1. Direito penal mínimo e racionalismo jurídico; direito penal máximo e irracionalismo jurídico

Os sistemas de direito e de responsabilidade penal, distinguidos nos parágrafos precedentes, oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis não apenas com dicotomias saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também com o caráter condicionado ou incondicionado, ou bem limitado ou ilimitado do poder punitivo. O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. Ao contrário, os modelos autoritários descritos em S7-S9 se caracterizam pela debilidade ou ausência de algum ou alguns destes limites à intervenção punitiva estatal, até os casos extremos, representados por S7-S9, em que aquela pode ocorrer sem que se produza qualquer condição judicialmente comprovável e/ou legalmente predeterminada. Por isso, o primeiro modelo pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito*, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos, ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do *Estado absoluto ou totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou “totais”, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas.²³ Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma *tendência* ao direito penal mínimo ou de uma *tendência* ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Assim veremos, na quarta parte, como, em contraste com os princípios garantistas do modelo SG estipulados de maneira mais ou menos rigorosa em nossa Constituição, nossas leis ordinárias, e ainda mais nossas práticas judiciais e policiais, admitem de fato figuras de responsabilidade penal sem uma ou sem várias das garantias citadas.²⁴

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta

excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. Por um lado, com efeito, a equivalência substancialista entre delitos e *mala in se*, ainda quando em abstrato possa parecer um critério mais objetivo e racional do que o nominalista da identificação do delito tal como é declarado pelo legislador, conduz à ausência do limite mais importante ao arbítrio punitivo, que é ademais a principal garantia de certeza: a rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito. Por outro lado, a investigação inquisitiva através de qualquer meio de “verdades substanciais” ilusórias para além dos limitados recursos oferecidos em relação às regras processuais conduz de fato, tanto mais se unida ao caráter indeterminado ou valorativo das hipóteses legais de desvio, ao predomínio das opiniões subjetivas e até dos preconceitos irracionais e incontroláveis dos julgadores. Condenação e pena são nestes casos “incondicionadas” no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes.

2. Dois modelos de certeza relativa

Tratei até agora da certeza e da incerteza, referenciando genericamente estes dois conceitos à liberdade dos cidadãos em face das punições arbitrárias. A diferença entre direito penal mínimo e direito penal máximo permite assentar agora, com maior precisão, os termos do problema. Dada a impossibilidade de uma perfeita correspondência entre jurisdição e legislação, é útil não tratar indistintamente de certeza e de incerteza do direito penal, mas distinguir, ao contrário, duas espécies de “certeza”, ambas *relativas* e *subjetivas*, cada uma delas acompanhada de uma forma correlativa de “incerteza”.

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza

perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias. Podemos dissipar, assim, o equívoco de uma “certeza” ou “verdade” mística que seria perseguida pelo garantismo cognitivista. A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos *todos* os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos *somente* aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão. Em todo o caso, ambas as “certezas” são subjetivas e relativas, afetando “verdades” igualmente opinativas e prováveis. Sua diferença está apenas nos critérios opostos de sua obtenção.

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*.²⁵ É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. Ademais, esta é a forma lógica de todos os princípios garantistas antes formalizados, os quais, como se tem observado, estabelecem as condições necessárias, em cuja ausência não é lícito punir, e nem aquelas suficientes, em cuja presença não é lícito deixar de punir. O mesmo modelo de responsabilidade penal SG, que propusemos como modelo garantista, foi por nós concebido como um sistema logicamente aberto, quer dizer, suscetível de ser ulteriormente aperfeiçoado e reforçado no plano teórico e normativo pela inclusão de outras garantias. Por isso, não quisemos estabelecer como seu momento conclusivo o princípio segundo o qual, ao se darem conjuntamente todas as condições ou garantias do sistema, deve haver pena.²⁶

A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dubio contra reum*. Indica uma aspiração autoritária.²⁷ Mas, em geral, a idéia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. “Um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo”, advertia Francesco Maria Pagano, “arrastam consigo forçosamente efeitos funestos. Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais insignificante evento não fique impune; que todo o delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao dia claro de juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado. A presteza da execução exclui as formalidades e substitui o processo pela vontade absoluta do executor. A rigorosa investigação do delito oculto não se realiza mais senão por meio de um poder ilimitado e de violência necessária e atentados sobre a liberdade de um inocente. Semelhante poder ilimitado de um terrível inquisidor não pode estar sujeito aos laços de um processo regular. Em tal estado, a liberdade civil de modo algum pode subsistir”.²⁸ Este modelo tem, ademais, uma estrutura lógica opos-

ta à do direito penal mínimo, no sentido de que se preocupa em estabelecer não as condições necessárias, mas aquelas suficientes para a condenação, e não as condições suficientes, mas as necessárias para a absolvição.²⁹

Compreende-se, assim, como o princípio equitativo do *favor rei* – de que a máxima *in dubio pro reo* é um corolário – não só não contradiz, mas é até mesmo uma condição necessária para integrar o tipo de certeza racional perseguida pelo garantismo penal. Como veremos mais adiante, esse princípio não é o único critério pragmático de solução das incertezas jurisdicionais. Mas é, sem dúvida, o critério de decisão acerca da verdade que de maneira mais específica caracteriza a certeza subjetiva da cognição judicial penal relativamente àquela exigida por outros tipos de conhecimento empírico. Igualmente nos estudos históricos, por exemplo, se poderia distinguir entre *história mínima* e *história máxima*. A primeira constituída por teses mais certas e documentadas, mas de alcance mais limitado; a segunda, por interpretações mais ricas, mais audazes, mas também menos seguras. Nos estudos históricos, contudo, não há razões de princípio para contentar-se com uma história mínima com preferência sobre uma história máxima. As duas histórias podem inclusive combinar-se, a história mínima como material historiográfico relativamente desconfiável, do qual é possível induzir com diversos graus de certeza hipóteses de história máxima, igualmente distintas e alternativas entre si. No direito penal, ao contrário, está o dever de decidir. A opção por um direito penal mínimo em relação ao direito penal máximo, expressa pela aceitação unicamente de acusações comprovadas com certeza como condição das condenações, está justificada – e nos ordenamentos desenvolvidos juridicamente imposta – porque tal dever é também um poder agravado de consequências sobre as liberdades dos cidadãos.³⁰

Naturalmente, também, esta certeza do direito penal mínimo é sempre uma certeza *relativa*, por causa dos limites, de qualquer forma, intrínsecos ao conceito de verdade processual. Relativamente ao modelo ideal da “correspondência” dever-se-á assim falar, a propósito dos ordenamentos penais concretos descritos pelos sistemas *S1-S9*, de diversos e decrescentes *graus* de certeza, segundo o número e a quantidade das garantias penais e processuais de que carecem. Ademais, para compreender a natureza da *incerteza correlativa* que caracteriza qualquer tese judicial, deve este conceito ser ulteriormente decomposto e analisado.

3. A dúvida: incerteza de fato e incerteza de direito

Tanto a certeza relativa quanto a certeza correlativa podem ser, da mesma forma que a verdade e a falsidade processual por elas afetadas, de duas espécies: *de fato* e *de direito*. Um certo grau de incerteza caracteriza, na realidade, por seu caráter aproximativo, duas espécies de verdade – fática e jurídica –, nas quais decomposemos em seu momento a noção de verdade processual. Precisamente, a verdade fática é a validade de uma inferência indutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *provável*, a verdade da conclusão. A verdade jurídica é, no entanto, a validade de uma inferência dedutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *opinativa*, a verdade das premissas. As duas espécies de certeza e de incerteza são independentes entre si, no sentido de que se pode dar certeza de fato sem qualquer certeza de direito e vice-versa. Por exemplo, pode ser completamente certo faticamente – conforme as confissões, os testemunhos ou as fotografias incontestáveis – que Tício e Cássia se abraçaram em um automóvel estacionado na rua; mas continua sendo incerto juridicamente em todo o caso porque opinativo, se este

fato, do qual por hipótese sabemos absolutamente tudo, é ou não, segundo os artigos 527 e 529 do Código Penal italiano, um “ato obsceno em lugar público”. De modo inverso, pode ser de todo juridicamente certo que a morte de um homem encontrado com um punhal cravado nas suas costas seja um homicídio; mas pode continuar sendo em todo caso incerto faticamente, na ausência de provas plausíveis, quem seja o homicida.

Incerteza de direito e incerteza de fato, qualquer que seja o seu grau, provêm na realidade de causas diversas. A incerteza de direito depende da igual opinabilidade das várias qualificações jurídicas possíveis acerca do fato considerado provado. A incerteza de fato depende da igual plausibilidade provável das várias hipóteses explicativas possíveis do material probatório coletado. A primeira assinala um defeito de legalidade estrita, isto é, a debilidade ou a carência das garantias penais que permitem a possibilidade da decisão da verdade jurídica. A segunda assinala um defeito de jurisdicionariade estrita, isto é, a debilidade ou a carência das garantias processuais que permitem a decisão da verdade fática. Consequentemente, os modos de formação das certezas e de solução das incertezas são diferentes: opções interpretativas acerca das qualificações de direito e livre convicção acerca das provas de fato. Estes dois modos são alternativos entre si no sentido de que a livre convicção não pode intervir nas decisões sobre a verdade jurídica (se, por exemplo, determinado fato comprovado é um furto, uma apropriação indébita ou talvez um ato lícito), nem as opções interpretativas pode intervir nas decisões sobre a verdade fática (se, por exemplo, determinado grupo de pessoas suspeitas criou uma associação subversiva). Na prática, lamentavelmente, os juízes costumam confundir e intercambiar estes dois modos de solução das incertezas, às vezes mascarando os defeitos de legalidade estrita das normas e os espaços de arbítrio originados por eles por detrás da imagem da livre convicção e, outras vezes, suprimindo os defeitos de estrita jurisdicionariade e da pobreza das provas com a ampliação dos tipos legais no âmbito interpretativo.

Além destas deformações, em todos os casos, as opções interpretativas e a livre convicção são frutos de escolhas que expressam um poder: poder de interpretação ou de verificação jurídica, quando as incertezas solucionadas sejam de direito, e poder de comprovação probatória ou de verificação fática, quando as incertezas solucionadas sejam de fato. Esse poder é relativo ou absoluto, conforme as escolhas derivem de debilidade das garantias e, portanto, permitam decisões sobre a verdade processual, ou bem dependam de carências das garantias e, portanto, exijam decisões dispositivas sobre outros valores. É possível, portanto, empreender agora a análise epistemológica e fenomenológica da extensão do poder judicial e de suas diferentes dimensões – em matéria de interpretação, prova, compreensão equitativa e valoração dispositiva – relativamente aos diversos sistemas antes delineados: do sistema SG, que é seu modelo de minimização, e dos demais sistemas, que são seu modelo de progressiva maximização.

NOTAS

⁽¹⁾ Entendido neste sentido, o conceito de “responsabilidade” se diferencia nitidamente dos de “imputação”, “imputabilidade” e, ainda mais, de “culpabilidade”, com os quais, às vezes, é confundido. Com efeito, estes conceitos designam garantias, isto é, condições – que podem também faltar e que faltam de fato nos sistemas que admitem figuras de responsabilidade não pessoal e objetiva – da responsabilidade penal que é, assim, uma noção equivalente à de “(submissão à) pena”. Esta diferença procede de G. Romagnosi, *Genesi del diritto penale* (1791), Silvestri, Milano, 1836, 6.ª ed., vol. I, par. 595, p. 265: “Uma coisa é a *imputabilidade* e outra a *responsabilidade*. Pela primeira

atribuímos a alguém determinado efeito como a *causa* produtora do mesmo; pela segunda pretendemos que alguém esteja *obrigado* a ressarcir determinado dano e a sofrer determinada pena por *motivo* daquele efeito determinado. A *imputabilidade* é coisa de *fato*. A *responsabilidade* é coisa de *direito*. A primeira pode dar causa à segunda, mas não constitui-la, quer dizer, forma ou constitui o *fundamento legal*, nada mais". Sobre este ponto, cf. *infra* o parágrafo 35.2.

⁽²⁾ Sobre estas questões metaretróicas voltarei mais vezes: *infra*, parágrafos 14, 26, 42 e 56-58.

⁽³⁾ 3 ad legem Juliam et Papiam, in *De verborum significatione*, D. 50.16.131.

⁽⁴⁾ O sistema garantista aqui axiomatizado e os outros nove sistemas mais fracos que distinguirei no parágrafo 7 são formulados por ora sem uma interpretação explícita. Na terceira parte se fornecerá uma análise do significado de seus dez axiomas, que também pode valer como uma interpretação dos onze termos – todos primitivos ou fundamentais – neles utilizados. Aqui bastará precisar que por “*pena*” se deve entender qualquer medida afliitiva imposta juridicamente por meio do processo penal; por “*delito*”, qualquer fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; por “*lei*”, qualquer norma emanada do legislador; por “*necessidade*”, a função de tutela de bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; por “*ofensa*”, a lesão de um ou de vários de tais bens; por “*ação*”, um comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo; por “*culpabilidade*”, o nexo de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele; por “*juízo*”, o procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese da comissão de um delito; por “*acusação*”, a formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; por “*prova*”, a verificação do fato tomado como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; por “*defesa*”, o exercício do direito de contraditar e refutar a acusação. Sobre as condições metodológicas de uma teoria jurídica axiomatizada, remeto à minha *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, e à *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 104 e ss.

⁽⁵⁾ Se indicarmos com as letras “PE”, “RE”, “LE”, “NE”, “IN”, “AZ”, “CO”, “GI”, “AC”, “PR” e “DI” os estritos termos “pena” (*poena*), “delito” (*crimen*), “lei” (penal) (*lex*), “necessidade” (*necessitas*), “ofensa” (*injuria*), “ação” (*actio*), “culpabilidade” (*culpa*), “juízo” (*judicium*), “acusação” (*accusatio*), “prova” (*probatio*) e “defesa” (*defensio*), e com os símbolos “-”, “.”, “v” e “g” as conexões lógicas de “não”, “e”, “ou” e “se”, que são signos, respectivamente, da negação, da conjunção, da disjunção e da implicação, os dez axiomas de nosso minissistema SG podem ser expressos com as seguintes fórmulas:

A1 $\neg (PE. \neg RE)$

A2 $\neg (RE. \neg LE)$

A3 $\neg (LE. \neg NE)$

A4 $\neg (NE. \neg IN)$

A5 $\neg (IN. \neg AZ)$

A6 $\neg (AZ. \neg CO)$

A7 $\neg (CO. \neg GI)$

A8 $\neg (GI. \neg AC)$

A9 $\neg (AC. \neg PR)$

A10 $\neg (PR. \neg DI)$

que equivalem, respectivamente, às seguintes implicações:

T1 $(PE \rightarrow RE)$

T2 $(RE \rightarrow LE)$

T3 $(LE \rightarrow NE)$

T4 $(NE \rightarrow IN)$

T5 $(IN \rightarrow AZ)$

T6 $(AZ \rightarrow CO)$

T7 $(CO \rightarrow GI)$

T8 $(GI \rightarrow AC)$

T9 $(AC \rightarrow PR)$

T10 $(PR \rightarrow DI)$

de onde derivam,¹ por transitividade da implicação, os seguintes quarenta e cinco teoremas:

T11 (PE → LE)	T23 (RE → CO)	T35 (NE → AZ)	T47 (AZ → AC)
T12 (PE → NE)	T24 (RE → GI)	T36 (NE → CO)	T48 (AZ → PR)
T13 (PE → IN)	T25 (RE → AC)	T37 (NE → GI)	T49 (AZ → DI)
T14 (PE → AZ)	T26 (RE → PR)	T38 (NE → AC)	T50 (CO → AC)
T15 (PE → CO)	T27 (RE → DI)	T39 (NE → PR)	T51 (CO → PR)
T16 (PE → GI)	T28 (LE → IN)	T40 (NE → DI)	T52 (CO → DI)
T17 (PE → AC)	T29 (LE → AZ)	T41 (IN → CO)	T53 (GI → PR)
T18 (PE → PR)	T30 (LE → CO)	T42 (IN → GI)	T54 (GI → DI)
T19 (PE → DI)	T31 (LE → GI)	T43 (IN → AC)	T55 (AC → DI)
T20 (RE → NE)	T32 (LE → AC)	T44 (IN → PR)	
T21 (RE → IN)	T33 (LE → PR)	T45 (IN → DI)	
T22 (RE → AZ)	T34 (LE → DI)	T46 (AZ → GI)	

⁽⁶⁾ Com efeito, mediante a conjunção de todos os conseqüentes, que nas cinquenta e cinco teses têm o mesmo antecedente, o sistema completo pode ser expresso pelas dez implicações que seguem, das quais as nove primeiras levam como conseqüente um produto lógico:

T56 *Nulla poena sine crimine, sine lege, sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T57 *Nullum crimen sine lege, sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T58 *Nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T59 *Nulla necessitas sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T60 *Nulla injuria sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T61 *Nulla actio sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T62 *Nulla culpa sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T63 *Nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T64 *Nulla accusatio sine probatione et sine defensione.*

T65 *Nulla probatione sine defensione.*

Por sua vez, mediante a disjunção dos antecedentes que têm o mesmo conseqüente, o sistema completo pode ser expresso pelas dez seguintes implicações, das quais as últimas nove têm como antecedente uma soma lógica:

T66 *Nulla poena sine crimine.*

T67 *Nulla poena vel nullum crimen sine lege.*

T68 *Nulla poena, nullum crimen vel nulla lex poenalis sine necessitate.*

T69 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis vel nulla necessitas sine injuria.*

T70 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas vel nulla injuria sine actione.*

T71 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria vel nulla actio sine culpa.*

T72 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria, nulla actio vel nulla culpa sine iudicio.*

T73 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria, nulla actio, nulla culpa vel nullum iudicium, sine accusatione.*

T74 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium vel nulla accusatio sine probatione.*

T75 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium, nulla accusatio vel nulla probatio sine defensione.*

⁽⁷⁾ Mediante a conjunção dos consequentes de todos os teoremas que têm o mesmo antecedente, são obtidas as dez teses seguintes, que expressam sinteticamente o sistema *SG* completo:

- T56 (PE $\rightarrow$ (RE.LE.NE.IN.AZ.CO.GI.AC.PR.DI))
- T57 (RE $\rightarrow$ (LE.NE.IN.AZ.CO.GI.AC.PR.DI))
- T58 (LE $\rightarrow$ (NE.IN.AZ.CO.GI.AC.PR.DI))
- T59 (NE $\rightarrow$ (IN.AZ.CO.GI.AC.PR.DI))
- T60 (IN $\rightarrow$ (AZ.CO.GI.AC.PR.DI))
- T61 (AZ $\rightarrow$ (CO.GI.AC.PR.DI))
- T62 (CO $\rightarrow$ (GI.AC.PR.DI))
- T63 (GI $\rightarrow$ (AC.PR.DI))
- T64 (AC $\rightarrow$ (PR.DI))
- T65 (PR $\rightarrow$ DI)

Mediante a disjunção dos antecedentes de todos os teoremas que têm o mesmo consequente, são obtidas, por sua vez, as dez teses seguintes, que expressam também, ainda que de maneira diversa, o sistema *SG* completo:

- T66 (PE $\rightarrow$ RE)
- T67 ((PE $\vee$ RE) $\rightarrow$ LE)
- T68 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE) $\rightarrow$ NE)
- T69 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE) $\rightarrow$ IN)
- T70 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN) $\rightarrow$ AZ)
- T71 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN $\vee$ AZ) $\rightarrow$ CO)
- T72 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN $\vee$ AZ $\vee$ CO) $\rightarrow$ GI)
- T73 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN $\vee$ AZ $\vee$ CO $\vee$ GI) $\rightarrow$ AC)
- T74 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN $\vee$ AZ $\vee$ CO $\vee$ GI $\vee$ AC) $\rightarrow$ PR)
- T75 ((PE $\vee$ RE $\vee$ LE $\vee$ NE $\vee$ IN $\vee$ AZ $\vee$ CO $\vee$ GI $\vee$ AC $\vee$ PR) $\rightarrow$ DI)

⁽⁸⁾ A doutrina penal fala promiscuamente – e de maneira escassamente analítica – de princípio de “legalidade”, de “estrita legalidade”, de “taxatividade”, de “tipicidade” ou de “determinação” do pressuposto típico, considerando-o constitucionalizado em nosso ordenamento pelo art. 25, parágrafo 2.º, de nossa Constituição: cf., por todos, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, *Novissimo digesto italiano*, XIX, Utet, Torino, 1973, p. 47 e ss.; idem, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 229-321; idem, II e il III comma dell’art. 25, *Commentario della Costituzione*, Art. 24-26, ed. por G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 256 e ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1975, p. 42-43; cf., ademais, as obras citadas na nota 1 do cap. 10. Quanto à distinção entre “legalidade estrita” e “legalidade lata”, remeto à minha *La formazione di concetti nella scienza giuridica e nell’applicazione della legge*, cit., p. 110 e ss. Como se verá melhor no parágrafo 9, a diferença entre “legalidade estrita” e “legalidade lata” é uma questão de grau, dependendo do grau de taxatividade ou de determinação empírica dos pressupostos típicos penais e de seu campo de denotação ou de aplicação. Cf. também, *infra*, os parágrafos 26 e 28.

⁽⁹⁾ Cada um destes sistemas, cada vez mais simples e mais debilitados, pode ser formalizado de maneira análoga ao feito para *SG* nas notas 5-7. A tal fim bastará subtrair de *SG* o axioma eliminado e substituir o seguinte com a implicação entre os dois termos da série que se tornam consecutivos depois da subtração.

⁽¹⁰⁾ A diferença entre “prova em sentido estrito” e “prova em sentido lato” é correlativa – como se verá no parágrafo 10 – da diferença entre “legalidade estrita” e “legalidade lata”, ligada por sua vez ao diverso papel assinalado à lei pelos dois princípios de legalidade.

⁽¹¹⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 28 e 43.3.

⁽¹²⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 39.3, 45, 53 e 54.

⁽¹³⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 45.5, 53 e 54.

⁽¹⁴⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 35 e 43.4.

⁽¹⁵⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 33.2, 36, 43.3 e 54.1.

⁽¹⁶⁾ Trata-se das medidas previstas pela Lei 1.423, de 27.12.1956, e por suas ulteriores modificações: *infra*, parágrafo 49.

⁽¹⁷⁾ Cf., *infra*, o parágrafo 54.

⁽¹⁸⁾ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it. de P. Rossi, *Economia e società*, Ed. di Comunità, Milano, 1961, vol. II, cap. VII, 1, p. 13 e 16.

⁽¹⁹⁾ Estas duas expressões serão definidas no parágrafo 25.

⁽²⁰⁾ Cf., *infra*, o parágrafo 51.3.

⁽²¹⁾ M. Weber, ob. cit., 5, p. 134-135. Do “método dos cádis”, como sistema baseado na “convicção íntima manifestada por uma afirmação ou uma negação, sem nenhum limite legal preventivo e sem ir acompanhada de uma motivação completa do fato”, já havia falado, remetendo a Giovanni Carmignani, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), Fratelli Camelli, Firenze, 1907, 10.a ed., vol. II, p. 243.

⁽²²⁾ Favorável a este sistema, confiado ao critério do juiz bom, está Platão, *Le leggi*, liv. IX, 876c, in *Dialoghi politici*, org. F. Adorno, Utet, Torino, 1970, vol. II, p. 391, onde “os tribunais se têm estabelecido com toda a correção possível e os futuros juízes estejam bem formados e aprovados com todo o rigor, será correto, bom e decoroso encomendar a tais juízes o juízo acerca dos culpados e acerca do que devam sofrer e pagar”. Contra esta passagem platônica e a própria idéia de um poder bom, escreve F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., III, p. 22-23: “Deve-se ter presente que todo poder, salvo o da lei, é da liberdade seu inimigo e destruidor”. A tese da superioridade do bom governante sobre a boa lei é sustentada por Platão também na *Política*, p. 296 e 297 a 896, e em *Diálogos*, V, Gredos, Madrid, 1988: “Assim como o piloto, procurando sempre o proveito da nave e dos navegantes, sem estabelecer normas escritas, mas fazendo de sua arte a própria lei, preserva a vida dos que com ele navegam, assim também, do mesmo modo, dos que têm a capacidade de governar desta maneira, não se poderia realizar um reto regime político, já que eles oferecem a força de sua arte, que é superior à das leis?”. (Uma tese oposta é, contudo, sustentada pelo próprio Platão – além de por Aristóteles – nas passagens reproduzidas *infra*, nota 2 do cap. 13). Ao mesmo tempo, uma vez que afeta a atividade judicial, a idéia de uma alternativa entre “governo das leis” e “governo dos homens” está em parte ligada, como se verá no parágrafo 11, à equivocada contraposição, subsequente a uma errônea teoria da aplicação da lei, entre “legalidade”, como critério regulador dos casos abstratos, e “equidade”, como critério regulador dos casos concretos.

⁽²³⁾ Sobre estes dois últimos significados de “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, cf., *infra* os parágrafos 24, 31 e 33. Usei estas duas expressões em *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 493-524. É talvez superfluo precisar que os significados destas fórmulas não são nem lógica nem politicamente coincidentes com as mais habituais de “Estado mínimo” e “Estado máximo”, das quais, contudo, são paráfrases, onde estas fórmulas designam respectivamente sistemas políticos nos quais seja máxima ou mínima a intervenção do Estado na satisfação de expectativas ou de direitos a prestações positivas (ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação e similares) e correspondem a primeira ao modelo do Estado liberal clássico e a outra ao do moderno Estado social, e as expressões “direito penal mínimo” e “direito penal máximo” designam, por sua vez, sistemas jurídicos onde seja mínima ou máxima a intervenção do Estado na restrição das liberdades negativas. A análise das relações entre as duas ordens de sistemas comporta problemas fundamentais de teoria política aos quais somente poderei aludir no capítulo 13. Aqui basta dizer que um Estado social máximo pode perfeitamente conviver – como infelizmente a história o demonstra de modo amplo – com um direito penal mínimo; e que, ainda mais, a conjunção entre Estado social máximo e direito penal mínimo expressa precisamente aquele conjunto de *deveres públicos* dos órgãos estatais – positivos (ou *obrigações*) e negativos (ou *proibições*) – que caracterizam o Estado de direito em sua forma mais complexa e desenvolvida, idônea a maximizar os vínculos do poder estatal e, por sua vez, de suas funções de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Sobre este ponto, remeto ao meu *Stato sociale e stato di diritto, Política del diritto*, XIII, 1982, 1, p. 41-52.

⁽²⁴⁾ A tendência no sentido do direito penal máximo nos planos mais baixos de nosso ordenamento tem crescido recentemente, além de por desenvolvimento de um direito penal de exceção, também por maciço incremento quantitativo da intervenção penal, chamada muito freqüentemente a suprir a ca-

rência de instrumentos de tutela e de controle político e administrativo mais apropriado. A inflação penal se tem produzido, além de por via legislativa, também por via judicial, graças à inventiva acusatória, alimentada pela carência de garantias e, sobretudo, do vínculo com a estrita legalidade ou taxatividade das figuras de delito (pense-se, por exemplo, nas imputações pelo delito de coação, formuladas pela atuação em “piquetes”; na incriminação pelo bloqueio de estradas, daqueles que nelas se sentam ou nas vias férreas; no estelionato agravado por danos ao Estado; na imputação aos empregados públicos, culpados por ausência ou atraso aos postos de trabalho e, sobretudo, no abuso dos delitos associativos). Sobre o fenômeno, vejam-se, *infra*, os parágrafos 33 e 43.5, assim como o cap. 12.

⁽²⁵⁾ O princípio foi sancionado por um reescrito de Trajano (D. 48.19.5: “satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare”) e coletado depois pela doutrina medieval do direito canônico (“sanctius est nocentem dimittere quam innocentem condemnare”; “proniore esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum”, in Tancredus, *Ordo iudiciarius*, in F. Bergmann (org.), *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1842, p. 258). Cf. também Sêneca, *Epistula LXXXI*: “Quemadmodum reus sententis paribus absolvitur, et semper quidquid dubium est humanitas inclinet in melius”, in *Lettere a Lucillo*, liv. X, org. B. Giuliano, Zanichelli, Bologna, 1954, II, p. 212. O critério equitativo do *favor rei*, contudo, já está presente em Aristóteles, *Rhetorica*, cit., I, 13, 1374b, 68; idem, *Etica Nicomachea*, org. A. Plebe, Loterzo, Bori, 1957, V, 10, 1138a, p. 156 (cf. *infra*, as notas 123 e 124 do cap. 3, onde se reproduzem também as máximas romanas, a propósito do *favor rei* na interpretação da lei). Veja-se, ademais, M. A. De Dominicis, Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, seção 5 e l’origine romano-cristiana del principio “in dubiis pro reo”, in *Archivo penal*, XVIII, I, 1962, p. 411-417, que recorda a máxima “certae humane rationis est favere miserioribus, prope et innocentis dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt”. O mesmo princípio foi rebatizado por Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, Católica, Madrid, 1956, IIa, IIae, quaest. 60, art. 4, p. 411: “Ubi non apparent manifesta judicia de malitia alicuius, debemus eum ut bonum habere, in meliorem partem interpretando quod dubium est... Melius est quod aliquis frequenter fallatur habens bonam opinionem de aliquo malo homine, quam quod rarius fallatur habens malam opinionem de aliquo bono: quia ex hoc fit injuria alicui, non autem ex primo”.

⁽²⁶⁾ Existem, na realidade, causas de exclusão do delito (ou de justificação), da pena (ou de não punibilidade) e de juízo (ou de não processabilidade) (cf., *infra* o cap. 8). Em todos estes casos, as condições necessárias indicadas em SG não são suficientes para a condenação.

⁽²⁷⁾ Merecem ser recordadas as páginas de G. Maggiore, Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1939, p. 159-160, onde, entre outros, se teoriza expressamente sobre *Führerprinzip*: em “caso de incerteza do direito”, o juiz atenderá “o princípio *in dubio pro republica*, que no Estado totalitário assume o lugar do antigo *in dubio pro reo*. Na incerteza, converte-se em fonte do direito, para a legislação alemã, o *sadio sentimento do povo* (*gesundes Volksempfinden*). Para nós (italianos) poderia ter valor de fonte a vontade do *Duce*, como se pode observar de sua palavra, de seu ensinamento, de sua doutrina. Ali onde a lei seja obscura, ou inclusive se cale, será fonte do direito penal a *vontade do chefe*, que é a lei de toda a lei: o chefe, bem entendido, de um governo totalitário, que não fala por intermédio dos parlamentos e de suas leis, mas se expressa dirigindo-se diretamente ao povo, de cujo sentimento e de cujos ideais é o único intérprete”. Quanto ao princípio da certeza do direito, “deve ser entendido ao modo da Revolução. Para os regimes democrático-liberais, *certeza do direito* é a segurança do delinqüente de poder atuar tranqüila e impunemente, até que haja uma lei que diga *alto* à sua liberdade. Para os regimes totalitários, *certeza do direito* é a segurança da sociedade política de não ver anuladas as conquistas da revolução e de não ver o vilão cometer toda sorte de velhacarias à sombra da lei e quase nas margens do Código Penal” (ibidem, p. 160-161).

⁽²⁸⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., V, p. 27. Contra as ilusões panpenalistas e panjudiciais, vejam-se também G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXVII, p. 505; F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, vol. I, p. 22.

⁽²⁹⁾ A “certeza” de direito penal máximo, sonhada pelos penalistas totalitários, exige, na realidade, “o sepultamento da velha fórmula individualista do *nullum crimen sine lege* para o triunfo do

novo princípio *nullum crimen sine poena*. O que importa em novos regimes revolucionários, nos quais a substância da moralidade vale mais do que a aparência de legalidade, é que nenhum fato considerado *criminoso* pela consciência pública encontre um complacente direito de asilo no chamado prestígio da lei... Assim, o direito penal se converte realmente em totalitário” (G. Maggiore, ob. cit., p. 160-161).

⁽³⁰⁾ Santo Tomás expressa a diferença entre juízo sobre os homens e outros tipos de juízo com estas palavras: “Aliud est judicare de rebus, et aliud de hominibus. In judicio enim quo rebus judicamus non attenditur bonum vel malum ex parte ipsius rei de qua judicamus, cui nihi nocet qualitercunque judicemus de ipsa: sed attenditur ibi solum bonum judicantis si vere judicer, vel malum si falso... Sed in judicio quo judicamus de hominibus praecipue attenditur bonum et malum ex parte eius de quo judicatur, qui in hoc ipso honorabilis habetur quod bonus judicatur, et contemptibilis si judicetur malus. Et ideo ad hoc potius tendere debemus in tali judicio quod hominem judicemus bonum, nisi manifesta ratio in contrarium appareat” (*Summa Theologiae*, loc. cit.).

O PODER PUNITIVO ENTRE VERIFICAÇÃO E VALORAÇÃO

JUAREZ TAVARES

SUMÁRIO: 9. A INTERPRETAÇÃO. O PODER DE DENOTAÇÃO E AS GARANTIAS PENAS: 1. Significado e verificabilidade; 2. Verificabilidade jurídica e denotação legal; a legalidade estrita e a semântica da linguagem legislativa; 3. Verificabilidade fática e denotação jurisdicional: a estrita jurisdicionariedade e a semântica da linguagem judicial; 4. A dedução jurídica e a heterointegração da linguagem penal – 10. A PROVA, O PODER DE VERIFICAÇÃO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS: 1. Verificação e indução fática; 2. Provas e indícios. Confiabilidade subjetiva e relevância objetiva; 3. A justificação da indução como dedução mascarada. As provas legais; 4. A superação moderna das provas legais e o princípio potestativo da livre convicção; 5. O esquema nomológico-dedutivo da explicação causal; 6. A estrutura lógica da prova: confirmação por *modus ponens* e refutação por *modus tollens*; 7. As garantias processuais: necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada; 8. O ônus da prova, o contraditório, a motivação – 11. A EQUIDADE. O PODER DE CONOTAÇÃO E O FAVOR REI: 1. A contraposição corrente entre legalidade e equidade; 2. Uma noção semântica da equidade: legalidade como denotação e equidade como conotação. Língua e linguagem penal; 3. Princípio da legalidade e princípio da equidade como regras semânticas da linguagem penal. Os elementos constitutivos e as circunstâncias do delito; 4. Os equívocos do formalismo e do antiformalismo. *Juris-dictio* e *juris-prudentia*; 5. O *favor rei*: compreensão equitativa, valoração simpática e gradação das penas – 12. A DISCRICIONARIEDADE. O PODER DE DISPOSIÇÃO E OS PRINCÍPIOS GERAIS: 1. Verdade indeterminada e arbítrio dispositivo. O poder judicial de disposição; 2. O problema do caráter político da função judicial. A ilegitimidade do poder de disposição; 3. Os princípios gerais do direito como critérios de orientação do poder de disposição; 4. Programa de uma filosofia analítica do garantismo penal.

9. A INTERPRETAÇÃO. O PODER DE DENOTAÇÃO E AS GARANTIAS PENAS

1. Significado e verificabilidade

Nos dois capítulos precedentes identifiquei os pressupostos epistemológicos do garantismo penal com as condições que devem ser dispostas no plano legal e satisfeitas no plano judicial para permitir a *decidibilidade* em abstrato e a *decisão* em concreto da verdade processual. Onde quer que faltem estas condições – como ocorre crescentemente nos sistemas S1-S9 relativamente ao modelo limite SG – se abrem em juízo espaços de

incerteza que correspondem a outros tantos espaços de poder. Para a análise destes espaços distinguirei neste capítulo, como disse no parágrafo 1.4, quatro aspectos ou dimensões do poder do juiz: o poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política. Direi imediatamente que estas quatro dimensões do poder judicial são assimétricas entre si. As três primeiras são complementares, no sentido de que a extensão de uma está determinada pelas demais, mas, se se estendem além de certos limites, as três geram o poder de disposição, onde as funções de denotação, de conotação e de comprovação probatória se extraviam até deixarem o campo livre ao mero arbítrio decisionista.

Os dois primeiros espaços de poder são inerentes às decisões sobre a *verdade processual* que intervêm em ambas as inferências nas quais no parágrafo 5.2 se decompôs a motivação judicial: na *inferência indutiva* ou *prova*, onde o poder se insere nas decisões sobre a *verdade fática* da conclusão, e na *inferência dedutiva* ou *subsunção*, onde se insere nas decisões sobre a *verdade jurídica* das premissas. Analisarei primeiramente as condições e as técnicas normativas dirigidas a embasar a (ou até a minimizar o poder da) decisão sobre a verdade jurídica, representadas pelas *garantias penais*. Desenvolverei também a análise das condições e das técnicas normativas dirigidas a embasar a (ou até minimizar o poder da) decisão sobre a verdade fática, representadas pelas *garantias processuais*. Tanto o problema da verdade jurídica quanto o problema da verdade fática serão distinguidos, além disso, em duas ordens de subproblemas: o da *verificabilidade* (e da *falseabilidade*), que afeta as *condições de uso* dos termos “verdadeiro” e “falso”, tal como vêm determinados pela referência empírica das teses, jurídicas e fáticas, que enunciam o tema da decisão; e o da *verificação* (ou da *refutação*), que afeta, por sua vez, as *condições de aceitação* das mesmas teses, tais como determinadas pelos seus métodos de comprovação e de controle. A primeira ordem de questões, que enfrentarei neste parágrafo juntamente com as garantias penais, pressupõe uma *teoria do significado*; a segunda, que enfrentarei no parágrafo que segue junto com as garantias processuais, pressupõe uma *teoria da prova*.

Os problemas da verificabilidade e da falseabilidade são evidentemente prejudiciais a todos os demais. Em que condições podemos usar sensatamente os termos “verdadeiro” e “falso” como predicados de afirmações do tipo “Tício cometeu o fato *F*” e “o fato *F* cometido por Tício configura o delito *G*”? Em termos gerais, numa concepção empirista do conhecimento são verificáveis e falseáveis, no sentido de “verdade”, como elucidado no parágrafo 3, apenas as afirmações dotadas de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir do ponto de vista da observação: por exemplo, “a terra é um planeta que gira em torno do sol” ou “Caio violou o limite de velocidade de 50km por hora ao dirigir no centro de Roma a 60km por hora”, ou similares. Não o são, ao contrário, os juízos de valor e as afirmações de fatos ou situações a partir do ponto de vista da observação: por exemplo, “Caio ofendeu a moral”, “Semprônio cometeu atividades subversivas”, “Mévio é socialmente perigoso” ou “a terra e o sol foram criados por Deus e se movem segundo as regras por ele estabelecidas”. As condições da verificabilidade e da falseabilidade, quer dizer, do uso dos termos “verdadeiro” e “falso”, a propósito de uma afirmação, dependem assim da semântica da linguagem na qual seja formulada, quer dizer, do fato de que sabemos exatamente a que nos referimos com as palavras que nela utilizamos. “Se recordarmos o que se chama furto e o que é in-

júria”, escrevia Hobbes há mais de três séculos, “entenderemos pelas mesmas palavras se é verdade ou não que o roubo é uma injúria. Verdade é a mesma coisa que proposição verdadeira. Pois bem, uma proposição é verdadeira quando o nome conseqüente, que os lógicos chamam de predicado, abarcar em sua amplitude o nome antecedente, que se chama sujeito. Saber uma verdade é o mesmo que recordar que foi criada por nós mesmos, mediante o emprego das palavras”.¹

Em termos mais rigorosos, esta lúcida intuição de Hobbes foi desenvolvida pela teoria referencial do significado utilizada na lógica moderna. Segundo esta teoria, formulada por Gottlob Frege,² devem-se distinguir duas acepções distintas de “significado” de um signo: a *extensão* ou *denotação*, que consiste no conjunto dos objetos aos quais o signo se aplica ou se refere; e a *intensão* ou *conotação*, que consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão. Precisamente, a extensão de um *predicado* é a classe dos objetos por ele denotados em proposições aceitas como verdadeiras: o predicado “homem”, por exemplo, denota Sócrates, Platão, Bertrand Russel, Luigi Bianchi e em geral todos os seres dos quais seja verdadeira sua predicação. A intensão de um predicado está constituída, ao contrário, pelo conceito conotado por ele, ou seja, pela soma de suas notas constitutivas e de suas características essenciais: “homem”, por exemplo, conota um animal inteligente, dotado da palavra, do uso das mãos, de posição erecta e de outros atributos. Dois predicados serão, assim, igualmente extensos ou equivalentes se, e apenas se, podem-se substituir reciprocamente em qualquer enunciado, sem que por isso resulte alterado o valor de verdade, enquanto chamar-se-ão igualmente intensivos ou sinônimos se forem iguais por definição. Relativamente à extensão e à intensão de um *sujeito*, consistem elas, respectivamente, no indivíduo concreto denotado em suas características individuais ou singulares: “Sócrates”, por exemplo, denota o indivíduo Sócrates, que, contudo, vem conotado pelas inumeráveis características singulares, não igualmente intensivas, mas igualmente extensivas, que o diferenciam de todos os demais, como o fato de haver sido um filósofo grego, morto em Atenas no ano de 399 a.C., bebendo cicuta, mestre de Platão, marido de Xantipa ou similares. Menos intuitiva é a distinção entre extensão e intensão de um *enunciado*: ali onde a extensão for o valor de verdade do enunciado – de modo que todos os enunciados verdadeiros e, por outro lado, todos os falsos são igualmente extensivos entre si –, a intensão, ao contrário, será seu conteúdo informativo, que se refere a cada proposição não igualmente intensiva relativamente a todas as de conteúdo distinto, ainda que igualmente verdadeiras ou igualmente falsas. Em todo caso, um signo, seja um predicado, um sujeito ou um enunciado, *denota* sua extensão e *conota* sua intensão.

É fácil compreender como esta teoria do significado é também uma teoria das condições de uso do termo “verdadeiro”, quer dizer, da verificabilidade. A locução “denota”, referida a um sujeito ou a um predicado, é fungível, na realidade, como “verdadeiro para”, no sentido de que todo termo é verdadeiro para (ou denota) vários objetos, um só objeto ou nenhum objeto: assim, o termo “mesa” é verdadeiro para todo objeto que seja uma mesa; o termo “satélite natural da terra” é verdadeiro para um só objeto, que é a lua; o termo “centauro” não é verdadeiro para nenhum objeto, já que não existe qualquer centauro.³ Por outra parte, a extensão ou denotação de um termo está *determinada* por sua intensão ou conotação. Vários signos igualmente extensos, com efeito, podem ter intensões diferentes, enquanto vários signos igualmente intensivos devem ter a mesma extensão. A extensão de um termo

será tanto maior (ou menor) quanto menor (ou maior) for sua intensão: por exemplo, “homem” é mais extenso que “homem de mais de vinte anos”, a respeito do qual tem uma intensão menor, e menos extenso que “animal”, a respeito do qual tem uma intensão maior.

De acordo com isso, diremos que um termo é *vago* ou *indeterminado* se sua intensão não permitir determinar sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão: “adulto”, por exemplo, é um termo vago, ao estarem nele incluídas certamente as pessoas velhas e excluídos os recém-nascidos, mas resultando incerto, na ausência de uma definição, se estão incluídos ou excluídos os de vinte anos. As *re-definições*, como, por exemplo, aquela da “maioridade”, contida no Código Civil, servem para tornar *precisas*, mediante conotações convencionais, as intensões dos termos vagos, com o que sua extensão fica determinada de maneira mais clara: de modo que, se conhecemos a idade de um homem, torna-se possível dizer que é verdadeiro ou falso que seja maior de idade, enquanto nem sempre será possível dizer outro tanto da tese de que seja um adulto. Existem ainda, contudo, termos não apenas vagos, mas também *valorativos* – como “bom”, “mau”, “feio”, “obsceno”, “pudico”, “abjeto”, “fútil”, “perigoso” e similares – cuja extensão é, além de indeterminada, igualmente *indeterminável*, dado que não conotam propriedades ou características objetivas, senão que exprimem, melhor, as atitudes e as valorações subjetivas de quem as pronuncia. As proposições nas quais aparecem não são, por isso, verificáveis nem refutáveis, ao não terem qualquer valor de verdade (ou denotação) e ao serem por tudo mais argumentáveis com referência a outros valores.

2. Verificabilidade jurídica e denotação legal; a legalidade estrita e a semântica da linguagem legislativa

Se aplicarmos esta teoria do significado à linguagem penal, diremos que uma tese judicial é verificável e falseável se (e apenas se) os termos nela empregados forem providos de extensão determinada, quer dizer, já que a extensão está determinada pela intensão, se e apenas se suas intensões estiverem definidas de maneira clara e precisa. Estas condições semânticas são, ademais, diversas, segundo a tese de se que trate seja jurídica ou fática: no primeiro caso, a tese emprega termos de qualificação jurídica cujas conotações foram estabelecidas convencionalmente pelas leis penais; no segundo caso, utiliza da linguagem comum, cujas conotações são imediatamente as do léxico ordinário. Diremos por isso que a *verificabilidade jurídica* está condicionada pela semântica da linguagem legal e que a *verificabilidade fática* está condicionada pela semântica da linguagem comum, não técnica, da qual também fazem uso os discursos judiciais.

O pressuposto necessário da *verificabilidade* e da *falseabilidade jurídica* é que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a *denotação jurídica* (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados. A técnica normativa, que nos ordenamentos modernos assegura este pressuposto, é a expressa pelo *princípio da legalidade estrita* ou de *taxatividade penal*, tal como se encontra enunciado, se bem que de forma um tanto sumária, no primeiro artigo do Código Penal italiano: “Ninguém pode ser punido por um fato que não esteja *expressamente* previsto na lei como delito”.⁴

Este princípio, que configuramos mais acima como a primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo, pode ser caracterizado agora como uma *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados “verdadeiros dos” fatos empíricos por eles denotados;⁵ b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução.⁶ Disso resulta, conforme esta regra, que as figuras abstratas de delito devam ser conotadas na lei mediante *propriedades* ou *características essenciais*, idôneas a determinarem seu *campo de denotação* (ou de aplicação) de maneira *exaustiva*, de forma que os fatos concretos que ali se incluam sejam por elas denotados em proposições verdadeiras e de maneira *exclusiva*, de modo que tais fatos não sejam denotados também em proposições contraditórias em relação a outras figuras de delito conotadas por normas concorrentes.

Nos sistemas penais evoluídos, estas conotações, propriedades ou características essenciais podem ser identificadas com aquelas que a doutrina penal chama de *elementos constitutivos do delito*: a *ação*, que deve ser exterior e empiricamente visível; seu efeito ou *resultado*, que deve consistir em um dano tangível; a *culpabilidade*, que deve permitir a atribuição causal da ação à pessoa que seja seu autor. As *garantias penais* da materialidade da ação, a lesividade do resultado e a responsabilidade pessoal, expressas por nossos axiomas A4, A5 e A6, além da pressuposta por toda a retributividade, expressa pelo axioma A1, têm conseqüentemente – além do valor político dos critérios de justificação das proibições que será ilustrado no capítulo 8 – também o valor epistemológico de regras semânticas sobre a conotação e sobre a denotação jurídica. Somente as ações externas, que produzem efeitos lesivos e imputáveis à culpabilidade de uma pessoa – e não também aos estados de ânimo, às atitudes interiores ou às características antropológicas dos sujeitos, freqüentemente expressáveis com palavras vagas e valorativas –, são na realidade conotáveis de maneira precisa e denotáveis taxativamente como elementos constitutivos do delito no sentido exigido pelo princípio da legalidade estrita. Quaisquer que sejam os elementos constitutivos dos delitos, existe em todo caso um nexo metalógico entre a precisão de sua conotação legal e a determinabilidade de seu campo de denotação e, portanto, entre legalidade e verificabilidade, entre convencionalismo e empirismo, entre rigor semântico da linguagem legislativa e cognitivismo judicial.

Estes nexos foram perfeitamente compreendidos pelo pensamento penal iluminista, se bem que com o ingênuo otimismo derivado da falta total de uma adequada teoria do significado.⁷ “Onde as leis são claras e precisas” – escrevia Beccaria – “o ofício do juiz não consiste mais do que confirmar um fato”.⁸ O ideal de clareza, de simplicidade, de coerência e do número limitado de todas as leis, sobretudo penais, é comum a toda a tradição iluminista – de Hobbes⁹ a Montesquieu,¹⁰ de Voltaire¹¹ e Rousseau¹² a Filangieri,¹³ Bentham¹⁴ e Condorcet¹⁵ – e está na base de todo o movimento reformista a favor da codificação penal, desenvolvido na Europa no século XVIII.¹⁶ Naturalmente, como demonstramos nos capítulos precedentes, este ideal jamais é plenamente alcançável, ao existir sempre certa margem insuprimível de incerteza e, portanto, de discricionariedade na interpretação da lei. Para usar uma formosa imagem de Herbert Hart, em todas as leis existe, junto a um núcleo

“luminoso”, uma zona de “penumbra”, que cobre os “casos discutíveis”, nos quais as palavras da lei “não são obviamente aplicáveis..., mas tampouco claramente excludíveis”.¹⁷ A penumbra, contudo, pode ser reduzida ou aumentada até a obscuridade mais completa. Por isso devemos falar, a propósito das hipóteses de delito, de *graus de taxatividade* e, em consequência, de *verificabilidade jurídica*. A certeza (da verdade) jurídica, ainda quando seja um mito, se se entender como perfeita “correspondência”, pode ser na realidade maior ou menor, segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga,¹⁸ denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas.

Alguns exemplos podem servir de esclarecimento. Tomem-se duas agravantes do furto, previstas no Código Penal italiano: “Se o fato for cometido por três ou mais pessoas” (art. 625, n. 5),^{NT1} que é uma circunstância exatamente denotada, e “se o culpado usa de violência contra coisas” (art. 625, n. 2),^{NT2} que, ao contrário, é uma circunstância vaga e indeterminada pelas múltiplas interpretações, extensas ou estritas, associáveis às palavras “violência” e “coisas”. No primeiro caso, o juízo sobre a pertinência no direito da circunstância pode ser indiscutivelmente afirmado como verdadeiro ou negado como falso; no segundo caso, sua verdade ou falsidade jurídica é amplamente indeterminável, como o demonstra a quantidade de pronunciamentos contraditórios sobre essa questão.

Uma alternativa, ainda mais marcante, é produzida conforme a linguagem empregada pelo legislador, exclua ou inclua termos *valorativos*. Como exemplo de norma penal que designa um fato e não também valores pode-se indicar o art. 575 do Código Penal italiano, que define o homicídio como o ato de “alguém que ocasione a morte de outro homem”; no extremo oposto, como exemplo de norma penal que expressa um valor e, portanto, lesa o princípio da legalidade estrita, podemos recordar o art. 529 do mesmo código, que define os atos e os objetos obscenos como aqueles que, “segundo o sentimento comum, ofendem o pudor”.^{NT3} A aplicação da primeira norma pressupõe um juízo de fato, do tipo “Tício ocasionou a morte de um homem”; a aplicação da segunda pressupõe, ao contrário, um juízo de valor, do tipo “Tício, segundo o sentimento comum, ofendeu o pudor”. O primeiro juízo, ao referir-se a um fato empírico objetivo, é (relativamente) verificável e contestável e é, portanto, um ato de cognição e propriamente de jurisdição (*juris + dicere*); o segundo, ao referir-se a uma atitude de desaprovação do sujeito que o pronuncia, é absolutamente inverificável e incontestável e é, melhor, um ato de valoração baseado em uma opção subjetiva e meramente potestativa.

Igualmente insolúveis, sem opções discricionárias, são enfim as *antinomias semânticas*, que se produzem sempre que de um mínimo fato se possam dar várias qualificações ou denotações jurídicas concorrentes e não exista critério algum, nem sequer o de especialidade, que permita decidir qual delas é aplicável e, ainda, se são aplicáveis alternativamente (mediante concurso de leis) ou conjuntamente (mediante concurso de delitos). Por exemplo, é furto ou apropriação indébita a apropriação de coisas consignadas por parte do concedente de transporte ou do contratante de obra, ou a subtração de energia elétrica mediante instrumentos especiais, introduzidos no contador? É estelionato ou emissão de cheques sem fundos, ou ambas as coisas, o pagamento de mercadorias com cheques descobertos, dos quais o emissor tenha assegurado a cobertura? É associação subversiva, bando armado ou ambas as coisas, ou talvez nem uma nem outra coisa, a atividade subversiva de várias pessoas, algumas armadas, mas carentes de vínculos organizativos estáveis? Está claro, em todos estes casos, que a *vacuidade*, a *valoratividade* e a presença de *antinomias*

na linguagem legal dependem do caráter obscuro e redundante das leis e de seu vocabulário, e que poderiam ser reduzidas, se não eliminadas, por uma técnica legislativa mais conforme ao princípio de legalidade estrita.

3. Verificabilidade fática e denotação jurisdicional: a estrita jurisdicionariedade e a semântica da linguagem judicial

A legalidade estrita ou taxatividade das leis penais é uma condição necessária, mas não também suficiente para garantir a verificabilidade processual. Tomemos a descrição dos fatos de um auto de prisão ou de uma sentença, que costuma reproduzir o esquema da subsunção ou dedução jurídica, isto é, da segunda das duas inferências das quais fiz decomposição da motivação judicial no parágrafo 5.2: Tício é acusado ou reconhecido como “culpado do fato *G*” (conclusão jurídica *CG*), por “haver cometido o fato *F*” (premissa fática *PF*), “que é denotado na lei como delito *G*” (premissa jurídica *PG*). Deixemos de lado o problema da verificação das premissas e, em particular, da indução fática de *PF*, de que tratarei no próximo parágrafo, e permaneçamos no problema de sua verificabilidade. Com a taxatividade das figuras legais de delito, o princípio da legalidade estrita garante somente a precisão da intensão e a determinabilidade da extensão do predicado *G*, mas não também do sujeito *F*, que também figura na premissa jurídica “*F* é (denotado por ou entra na extensão de) *G*”. Para estabelecer, segundo as eficazes palavras de Hobbes, que o “nome conseqüente, que os lógicos chamam de predicado, abrace em sua extensão também o nome antecedente, que se chama sujeito”, é necessário, ademais, que esteja exatamente determinada também a extensão do sujeito. *G*, com efeito, é predicável como “verdadeiro de” *F* e *F* é qualificável como *G*, sob a condição não apenas de que seja taxativo o significado de *G*, mas também de que *F* seja individualizável, graças às precisões de suas conotações essenciais, como membro da classe de objetos denotados por *G*. Esta segunda condição diz respeito, antes que à verificabilidade e a refutabilidade jurídica de *PG*, à *verificabilidade* e à *refutabilidade fática* de *PF*. Não é, pois, como a predicabilidade de *G*, uma questão de técnica legislativa, mas uma questão de técnica judicial. Não depende da semântica da linguagem legal, mas da linguagem jurisdicional.

Correlativamente ao princípio de legalidade estrita – que caracterizamos como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legislativa, dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações jurídicas – pode-se formular conseqüentemente um princípio metaprocessual de estrita jurisdicionariedade, que equivale a uma *regra semântica de formação da linguagem jurisdicional* dirigida a assegurar a determinabilidade das *denotações fáticas*. Trata-se na realidade não de uma, mas de uma série de regras que exigem, como condição da estrita jurisdicionariedade, isto é, da verificabilidade e da refutabilidade das teses que no processo enunciam os fatos e as provas, que tanto aquelas como estas sejam exatamente individualizadas mediante descrições precisas e sem o uso de palavras vagas ou valorativas. Tais são, no novo Código de Processo Penal italiano, a norma que impõe a comunicação “de forma clara e precisa” à pessoa suspeita do “fato que lhe se atribui” e dos “elementos de prova contra ela existentes” (art. 65), a que prescreve a correspondência entre o fato assim imputado e aquele do qual o juízo formula a definição jurídica (art. 521.2), além da que estabelece que a testemunha seja “interrogada sobre fatos determinados”, que não possa “depór sobre a moralidade do imputado” nem “sobre os rumores públicos” e que não lhe permita “expressar apreciações pessoais” (art. 194, 1 e 3).

Nas teorias da interpretação e da aplicação da lei costuma ser ignorado ou, pelo menos, descuidado o problema da semântica da linguagem judicial na qual os autores do processo expõem os fatos e as provas. Este, contudo, não é menos importante que o da semântica da linguagem geral. Uma tese jurisdicional, com efeito, carece de valor de verdade não apenas se for indeterminado o significado extensivo do predicado jurídico, mas também se for indeterminado o significado extensivo do sujeito fático: não apenas se tem a forma “F é um obsceno”, onde por hipótese F é determinado, mas “obsceno” é indeterminado, mas também se tem a forma “tal má conduta é G”, onde por hipótese G é determinado, mas é indeterminada a “má conduta”. Por exemplo, seriam inverificáveis e irrefutáveis teses fáticas como “Tício (é culpado de homicídio porque) com sua má conduta matou do coração seu velho pai” ou “Caio (é culpado de maus-tratos familiares porque) tratou mal seu filho”. Nestes casos o *thema probandum* é incerto e a hipótese judicial inverificável e irrefutável, não por defeito de denotação jurídica, senão por defeito de denotação fática.

Em linha de princípio, dada a vacuidade da linguagem comum, tampouco a determinabilidade da denotação fática é perfeita e também no tocante a ela se deve falar, portanto, de *grau de taxatividade*. Contudo, ao referir-se a fatos individuais e não a classes de fatos abstratamente pré-configuradas, pode ser ela muito maior do que aquela da denotação jurídica operada na lei. Isso não impede que na prática os órgãos de investigação costumem formular suas acusações em termos vagos e indeterminados. O uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis. E pode produzir a dissolução total das garantias, quando a indeterminabilidade das denotações fáticas se combina com a das denotações jurídicas: como quando uma qualificação legal vaga e/ou valorativa e/ou concorrente com outras – por exemplo, as figuras dos delitos de associação ou do concurso moral nos delitos – é predicada de fatos ou situações expressos, por sua vez, por termos vagos e/ou valorativos, porque se referem a períodos ou condutas vitais, a contigüidades genéricas, a inclinações, a prognoses de periculosidade ou a outras valorações do próprio julgador.¹⁹

4. A dedução jurídica e a heterointegração da linguagem penal

Princípio de legalidade estrita e princípio de estrita jurisdicionariedade podem, pois, ser configurados como duas regras semânticas complementares, uma dirigida ao legislador e outra dirigida aos juízes, que garantam, mediante a verificabilidade das denotações jurídicas e fáticas, a reserva *absoluta* da lei em matéria penal e a conseqüente sujeição do juiz penal *somente* à lei. Teoricamente, ali onde estes princípios fossem ambos plenamente satisfeitos, a denotação penal de um fato concreto mediante um predicado penal não requereria qualquer poder judicial de decisão, posto que seria a conclusão de uma dedução que tem como premissas uma afirmação fática empiricamente verificável – e hipoteticamente verificada, ainda assim com os limites da indução dos quais se falará no próximo parágrafo – e uma afirmação jurídica *analiticamente verdadeira*, isto é, conforme o significado dos termos nela empregados. Por exemplo, a implicação “Tício esfaqueou um homem, provocando-lhe a morte, portanto seu ato é um homicídio para os efeitos do art. 575 do Código Penal” é uma tese analítica verdadeira conforme o significado prévio de suas palavras descritivas, não diferentemente da afirmação “se João não é casado, então é solteiro”.²⁰ Em tal caso, a subsunção ou *verificação jurídica* é produzida por *definição*,

quer dizer, conforme a regra do uso legal da palavra “homicídio”, que permite, graças à sua (relativa) precisão e univocidade, a substituição das palavras igualmente intensivas e igualmente extensivas, que denotam o fato na premissa fática, sem que esta tenha alterado nem seu conteúdo informativo nem seu valor de verdade.

Já disse que na prática, por causa dos vícios semânticos da linguagem legal e da linguagem judicial, tudo isso não ocorre de fato, senão em medida mais ou menos aproximativa. A subsunção judicial pode muito bem exibir uma forma dedutiva. Mas isso pode ocorrer também porque – explícita ou implicitamente – o juiz ou a acusação tenha interpretado ou redefinido convenientemente (com termos precisos e descritivos) o predicado legal e/ou tenha interpretado ou redefinido também convenientemente (com termos vagos ou valorativos) o sujeito fático para incluir o segundo na extensão do primeiro. Por exemplo, para enquadrar, como subsunção dedutiva, a aplicação da norma sobre o obsceno a um fato consistente de beijo dado em público, pode-se ou bem redefinir judicialmente a noção legal de ato obsceno, incluindo em sua denotação os beijos (“são obscenos e ofendem o sentimento comum de pudor os beijos dados em público”), ou bem formular a descrição do beijo julgado, incluindo nela sua conotação como obsceno (“Tício e Cássia se beijaram obscenamente em lugar público, ofendendo o sentimento comum de pudor”). No primeiro caso, a verificabilidade empírica da premissa fática ficará salvaguardada, adaptando-se a ela a premissa jurídica. Na segunda, a verificabilidade analítica da premissa jurídica será salvaguardada, adaptando-se a ela a premissa fática.

Está claro que estas duas operações de adaptação – sem as quais o silogismo “se Tício e Cássia se beijaram em público, então cometeram ato obsceno para os efeitos de nosso Código Penal” não são em absoluto uma inferência dedutiva – são arbitrárias e contrastam com a reserva “absoluta” de lei em matéria penal, além de com o princípio da submissão do juiz “somente” à lei. Contudo, a prática judicial está repleta de operações deste tipo: de sub-reptícias redefinições descritivas e matizadoras, associadas às qualificações jurídicas para determinar empiricamente sua denotação fática, e de sub-reptícios juízos de valor, associados à descrição dos fatos para derivar analiticamente sua denotação jurídica. Em particular, toda a jurisdição de legitimidade da Cassação sobre questões de direito não é outra coisa que um gigantesco léxico de redefinições *ad hoc*, com as quais de tanto em tanto os significados indeterminados dos termos legais se vêem precisados, com a finalidade de permitir (ou não permitir) sua aplicação aos fatos em julgamento. Uma vez que um código é também uma espécie de dicionário da linguagem jurídica, composto por redefinições convencionais de termos extraídos da linguagem comum, os repertórios de jurisprudência produzidos anualmente pela atividade interpretativa dos tribunais podem ser concebidos como inesgotáveis compilações de redefinições judiciais das redefinições legais, dentre as quais os juízes escolhem, para fins de subsunção, as de sua preferência. É, ademais, inevitável que este enorme volume de redefinições produza em seu conjunto o efeito de aumentar, mais do que reduzir, o caráter polissêmico e redundante do vocabulário jurídico.²¹

À medida que os princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade não resultem plenamente satisfeitos, a denotação por parte do juiz de um sujeito fático com um predicado legal não é, então, analiticamente verdadeira ou legal por definição. Melhor, é verdadeira por redefinição judicial, ou seja, pela decisão com a qual o juiz interpreta ou redefina o sujeito ou o predicado da premissa jurídica na forma por ele reputada conveniente

para os fins de subsunção (ou de não subsunção) do fato à lei, isto é, da aplicação (ou não aplicação) da lei ao fato. Podemos muito bem chamar *poder judicial de denotação penal* – que não se deve confundir com o “poder judicial de conotação”, o qual, como assinalai no parágrafo 11, se dirige a discernir as conotações específicas e singulares dos fatos verificados processualmente – ao poder exercido pelo juiz mediante tal decisão, que serve para suprir os defeitos semânticos da linguagem legal mediante adaptações apropriadas da linguagem jurisdicional e, por isso, para integrar ou, inclusive, criar os pressupostos mesmos da verificabilidade processual. Precisamente, chamarei *poder de denotação jurídica* ou de *interpretação da lei* ao exercido pelo juiz ao denotar um sujeito fático (em nosso exemplo, “um beijo”), mediante um predicado legal apropriadamente redefinido por ele com termos de extensão determinada (“são obscenos todos os beijos dados em público”); e *poder de denotação fática* ou de *interpretação dos fatos* ao exercido pelo juiz ao denotar com um predicado legal (“obsceno”) um sujeito fático expressamente conotado por ele com os termos de extensão indeterminada usados na lei (“Tício beijou Cássia obscenamente”).

Freqüentemente, estas duas formas de denotação potestativa (e integradora) são alternativas entre si, no sentido de que basta uma só delas para tornar possível a dedução jurídica, frustrando a reserva absoluta de lei: ou a integração da premissa jurídica, que permite a verificação empírica da premissa fática, ou a integração da premissa fática, que permite a verificação analítica da premissa jurídica. Mas também pode ocorrer, como se tem dito, que operem conjuntamente, por meio de oportunas interpretações ou redefinições dos tipos abstratos e de oportunas interpretações ou redefinições dos concretos. Em todos os casos, como demonstrarei no parágrafo 12, esta heterointegração do direito por via judicial, ainda que sendo uma medida inevitável, contradiz, além do modelo cognitivista do direito penal, as bases mesmas da legitimidade política da função punitiva no Estado de direito, que residem na divisão dos poderes, no monopólio legal do poder de denotação penal e na sujeição do juiz somente à lei. Além disso, nos ordenamentos jurídicos onde a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade são igualmente princípios jurídicos de hierarquia constitucional, compromete sua legitimidade jurídica. Uma vez que tais princípios correspondem a dois ideais de limitação, disso resulta que o poder judicial penal estará *sempre* viciado por uma taxa irredutível de irracionalidade e de ilegitimidade política e/ou jurídica.

Esta taxa de irracionalidade e de ilegitimidade é, evidentemente, variável, pois depende do *grau* de insegurança jurídica gerado pela indeterminabilidade semântica da linguagem penal, ou do *grau* de ineficácia das garantias no funcionamento concreto dos distintos ordenamentos e de suas instituições específicas. Mas pode alcançar formas extremas de arbítrio, quando os vícios de legalidade e de jurisdicionariedade sejam tais que excluam (como no caso aqui exemplificado dos “atos obscenos”) toda referência empírica ou extensiva dos termos empregados no juízo penal. Estipulo, portanto, que reservarei a expressão “poder de denotação” para a potestade do juiz, em todo caso necessária para integrar os espaços irredutíveis de discricionariedade deixados em aberto pelos defeitos inevitáveis de denotação da linguagem legal e da linguagem comum, e que usarei, ao contrário, a expressão “poder de disposição” para designar a potestade do juiz, quando a falta de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade, como esclarecerei melhor no parágrafo 12, seja tal que nem sequer permita falar de “denotação”, ainda que seja potestativa e exija, por isso, decisões discricionárias não sobre a verdade, mas sobre valores diversos, do tipo ético-político.

10. A PROVA, O PODER DE VERIFICAÇÃO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

1. Verificação e indução fática

As condições da verificabilidade e refutabilidade processual, acima identificadas com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade das denotações penais, são logicamente prejudiciais, como se disse, àquelas da verificação e refutação. Somente se o tema do juízo consistir em um fato empírico taxativamente determinado em todos os seus elementos constitutivos – a ação, o resultado, a culpabilidade – pode ser objeto de prova no sentido estrito, assim como de comprovação contraditória e imparcial. Ao contrário, não se pode provar e menos ainda contraditar uma acusação indeterminada ou expressa mediante valorações, tanto inverificáveis quanto irrefutáveis. As mesmas condições semânticas ou *garantias penais* da verificabilidade e da refutabilidade – se forem suficientes, além de necessárias para assegurar a *verificação* ou a *refutação jurídica*, que são fruto de deduções válidas conforme os significados das palavras empregadas – são, contudo, somente necessárias, mas não também suficientes para assegurar a *verificação* ou a *refutação fática*, as quais dependem de complexas *garantias processuais*, que vão muito além das simples regras até agora analisadas sobre a formação da linguagem penal.

No primeiro capítulo se viu que a verificação fática no processo penal, da mesma forma que em qualquer verificação histórica, é o resultado de uma ilação entre fatos “providos” do passado e fatos “probatórios” do presente, e que esta ilação, que constitui o primeiro dos três silogismos em que se decompõe o raciocínio jurídico, tem a forma de uma inferência indutiva, na qual as premissas são constituídas pela descrição do acontecimento que deve explicar e as provas praticadas, enquanto a conclusão é constituída pelo enunciado do fato, que se considera provado pelas premissas. Diferentemente da dedução, que sempre é tautológica, a verdade das premissas da indução não implica jamais a verdade da conclusão, pois, se as premissas são verdadeiras, não há qualquer necessidade lógica, senão apenas uma relevante probabilidade, de que a conclusão seja verdadeira (e nenhuma contradição ou impossibilidade, senão apenas uma relevante improbabilidade de que seja falsa). Os acontecimentos, como demonstrou Hume, não seguem necessariamente um ao outro e, portanto, não é possível “demonstrar” sua conexão causal, mas simplesmente sustentá-la como plausível, graças a generalizações idôneas baseadas na experiência passada.²² Por outra parte, precisamente porque não estão implicadas pelas premissas, as conclusões de uma indução têm em relação a estas um conteúdo informativo maior do que elas, que permita considerá-las como um desenvolvimento confiável, ainda que logicamente inválido, de tais premissas. Por isso, estas, ainda quando não necessárias, mas provavelmente verdadeiras, aumentam nosso conhecimento: sua relativa incerteza acerca das premissas ou *provas* aceitas como verdadeiras é o preço que se paga por seu valor de *descobrimento* de fatos ignorados, idôneos a explicar fatos conhecidos.

Sob este aspecto, a indução judicial é idêntica a qualquer outra indução: nela, precisamente, a conclusão provada ou descoberta tem o valor de uma hipótese explicativa de natureza provável quanto ao nexo causal entre uma ação imputada à culpabilidade de um sujeito e o conjunto de fatos – o evento danoso e os dados probatórios coletados – descritos nas premissas. Sua especificidade consiste no fato de que o procedimento mediante o

qual se realiza não é apenas uma atividade intelectual, mas é também uma atividade jurídica, normativamente disciplinada. Isto complica enormemente os já enormes problemas epistemológicos relativos à justificação da indução em geral. Estes problemas são, contudo, prejudiciais àquele das garantias jurídicas e normativas da prova. Na realidade, como veremos, suas diversas soluções estão na origem dos diferentes sistemas processuais que teoricamente podem ser – e historicamente têm sido – concebidos e realizados.

2. Provas e indícios. Confiabilidade subjetiva e relevância objetiva

Aos fins de nossa análise, é oportuno, antes de tudo, distinguir os fatos e os *dados probatórios*, segundo sejam experimentados direta ou indiretamente, isto é, segundo permitam mais ou menos indiretamente a indução do fato-delito. Afastando-me da linguagem corrente, proponho chamar de *prova* o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado, e de *indício* o fato provado do passado, do qual se infere o delito ou outro fato do passado que, por sua vez, tenha o valor de um indício.²³

De que é prova, por exemplo, o fato de Tício atestar que viu Caio sair brandindo um punhal ensanguentado da casa de Semprônio pouco antes de este ser encontrado morto com uma facada no coração? É *prova*, mais ou menos provável, dependendo da sinceridade que creditemos a Tício, do fato de que este vira Caio sair com um punhal na mão da casa de Semprônio, pouco antes de este ser encontrado morto com um ferimento no coração. Este segundo fato, contudo, é apenas um *indício*, mais ou menos provável, por sua vez, segundo a confiabilidade que possamos atribuir à visão de Tício, do fato de que Caio saíra realmente da casa de Semprônio nas suspeitosas circunstâncias referidas por Tício. Este terceiro fato é de novo apenas um *indício*, por sua vez mais ou menos provável, segundo a plausibilidade dos nexos causais propostos por nós, do fato de que Caio assassinara culpavelmente Semprônio. Temos, assim, nesta breve história, não uma, mas três inferências indutivas: aquela que do testemunho de Tício induz como verossímil que ele vira realmente a cena por ele descrita; aquela que de tal indício induz como verossímil que Caio tivera efetivamente o comportamento suspeito referido por Tício; aquela que deste indício mais direto induz como verossímil a conclusão de que Semprônio fora assassinado por Caio. Se, além disso, não escutamos o testemunho de Tício de viva voz, mas dispomos apenas da ata na qual foi ele transcrito, igualmente o testemunho fica reduzido a indício ou, se se quiser, à *prova indiciária*, e às três inferências deveremos acrescentar uma quarta: aquela que vai da ata ao fato, do qual a ata é apenas *prova* de que no passado verossimilmente Tício declarou tudo o que fora transcrito, sem que seu depoimento fosse mal entendido, distorcido ou coartado.²⁴

Nenhuma das conclusões destas quatro inferências sucessivas ou argumentos indutivos é indubitavelmente verdadeira. Só se pode dizer que cada uma delas é mais ou menos razoável, plausível ou provavelmente verdadeira. Tício poderia haver mentido para desviar as investigações e acobertar a si mesmo ou a um seu protegido. Admitindo-se que tenha sido sincero, poderia haver-se enganado pela escassa visibilidade, confundindo Mévio com Caio. Admitindo-se que tenha dito a verdade, a suspeitosa atitude de Caio poderia ser explicada pelo fato de que estava perseguindo o assassino, depois de havê-lo desarmado ou, talvez, por uma desagradável coincidência. Sem contar que, se o testemunho é extraído de uma ata, Tício poderia não haver declarado na realidade que vira Caio, mas, supo-nhamos, uma silhueta parecida com Caio, e que sua declaração poderia haver sido mal interpretada por quem a tomara. Está claro que quanto maior seja o número das inferên-

cias necessárias para induzir da prova a conclusão da responsabilidade pelo delito de que é causa, tanto menor o grau de probabilidade da indução probatória. Basta, na realidade, que a defesa aduza uma contraprova que desminta uma só das inferências da série, para interromper a cadeia e desmontar todo o raciocínio. Diverso é o caso em que são necessárias várias inferências, porque concorrem várias provas ou vários indícios independentes entre si: várias provas de um mesmo indício ou vários indícios distintos. Nestes casos, várias provas e/ou vários indícios concordantes se reforçam entre si, aumentando sua probabilidade, enquanto várias provas e/ou vários indícios discordantes se debilitam reciprocamente, reduzindo ou inclusive anulando cada um a probabilidade do outro. As novelas policiais estão cheias de construções probatórias aparentemente maciças, que de imediato, graças às contraprovas e contra-indícios melhor organizados, desabam devido ao predomínio de hipóteses empiricamente alternativas às inicialmente acreditadas.

Nossa distinção entre provas e indícios, que na imprecisa terminologia corrente poderíamos expressar em grandes traços com a diferenciação entre “meios de prova” e “conteúdos probatórios”, é essencial para situar corretamente a questão da espécie de probabilidade que permite, a propósito de uma série mais ou menos complexa de premissas probatórias e indiciárias, falar de “prova” da conclusão de uma indução judicial. Em primeiro lugar, serve para esclarecer que, acerca do delito, as provas coletadas em um processo não são quase nunca provas *diretas*, mas quase sempre *indiretas*,²⁵ quer dizer, provas de indícios, por sua vez, diretos ou indiretos: “probabilidades de probabilidades”, como escreveu Francesco Maria Pagano²⁶ ou, pior, como no caso aqui exemplificado da ata de audiência, probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades))) de probabilidades. Por outra parte, as provas, ao consistirem de fatos do presente, são sempre objeto de experiência *direta*; não se pode dizer outro tanto dos indícios, que consistem sempre de fatos do passado. Os indícios são, em suma, mais diretos que as provas no que toca à hipótese explicativa final, mas as provas são mais diretas do que os indícios no que toca à experiência probatória inicial.

Em segundo lugar, nossa distinção permite elucidar a diversa natureza da probabilidade das provas e da probabilidade dos indícios. A probabilidade ou *força indutiva* das provas afeta a *confiabilidade* ou o *crédito subjetivo* da fonte ou do meio de prova: a sinceridade, a espontaneidade, o desinteresse e, mais em geral, a confiabilidade dos testemunhos, das confissões, das acareações e dos reconhecimentos de pessoas; o caráter não apócrifo dos documentos; a solidez das perícias; o rigor das inspeções e reconstituições judiciais dos fatos; a autenticidade e não falsificação das pegadas e das peças de convicção. A probabilidade ou *força indutiva* dos indícios, por sua vez, afeta sua *relevância* ou *gravidade objetiva*, quer dizer, a sua idoneidade para gerar explicações plausíveis ou verossímeis de todo o material probatório em conjunto. Pode haver provas confiáveis de indícios tênues ou, talvez, irrelevantes e provas não acreditáveis ou escassamente acreditáveis de indícios graves e relevantes. No primeiro caso, o indício é certo, mas débil; no segundo, é incerto, ainda que forte e talvez decisivo. Um dado probatório, em consequência, pode ser refutado ou bem impugnando a relevância dos indícios dele induzidos, ou bem desacreditando a confiabilidade das provas, das quais foi induzido. Será tanto mais confiável subjetivamente quanto esteja próximo da experiência probatória inicial (ainda que distante da conclusão explicativa final) e tanto mais relevante objetivamente quanto mais distante esteja da conclusão final (ainda que distante da experiência inicial).

3. A justificação da indução como dedução mascarada. As provas legais

Seja que se trate de provas ou de indícios, a verdade das conclusões que podem ser induzidas de umas e outros é apenas uma *verdade provável*, sendo sempre possível que a conclusão de uma indução seja falsa, ainda que sejam verdadeiros os enunciados nas premissas. A idéia contrária, segundo a qual a verdade dos dados probatórios assumidos nas premissas garantiria a inimpugnabilidade da conclusão, equivale à pretensão de justificar a indução como se se ocultasse entre as premissas alguma lei ou regra de caráter universal, cuja explicação serviria para transformá-la em uma dedução. Tal dedução teria a forma:

(a) (I) P é verdadeira

(II) Cada vez que P é verdadeira, também H será verdadeira

(III) H é verdadeira,

onde P é o conjunto dos dados probatórios asseverados em (I) e H é sua hipótese explicativa, que, conforme a generalização (II), é deduzida em (III) por *modus ponens*.

Lamentavelmente, este esquema é inservível como justificação da indução, dado que (II) jamais será verdadeira. Com efeito, não existem regras indutivas capazes de garantir a verdade da conclusão de uma indução. Tomemos o exemplo dado por Popper da ruptura de um fio, da qual se pode induzir – estabelecendo-se como premissa a generalização verdadeira de que “cada vez que a um fio se aplica um peso superior à sua resistência, se romperá” – que lhe foi aplicado um peso superior à sua resistência. Este raciocínio, se indicarmos com P a afirmação da ruptura do fio e com H a hipótese de que foi-lhe aplicado um peso superior à sua resistência, terá a forma:

(b) (I) P é verdadeira

(II) Cada vez que H é verdadeira, também P será verdadeira

(III) H é verdadeira,

que, diferentemente de (a), não é uma dedução válida, podendo muito bem H ser falsa, ainda que sejam verdadeiras P e a generalização, segundo a qual H implica sempre P . Para ter uma dedução válida, idônea para apoiar por *modus ponens* a conclusão H como no esquema (a), deveríamos pressupor como verdadeira a generalização inversa “cada vez que um fio se rompe, se lhe aplicou um peso superior à sua resistência”. Mas esta segunda generalização, que permitiria configurar a indução como uma dedução, é patentemente falsa, dado que um fio pode romper-se não apenas quando se lhe aplica um peso superior à sua resistência, mas também se, por hipótese, for queimado ou cortado com uma tesoura. Ao ser falsa uma das premissas da dedução, a conclusão H pode ser tanto verdadeira quanto falsa. Em nenhum dos dois casos – tanto se adotarmos o esquema (b) dotado de premissas verdadeiras, mas dedutivamente inválido, como se adotarmos o esquema (a) dedutivamente válido, mas dotado de uma premissa falsa – estaremos em condições de inferir com certeza a verdade de H . Nosso fio, com efeito, poderia ter-se rompido por outras e variadas razões. De nenhum fato, segundo a tese de Hume, se pode “demonstrar” sua explicação.

A interpretação da indução judicial como uma dedução mascarada é o equivocado paralogismo sobre o qual se baseia o sistema das *provas legais*, chamadas *positivas*. As

provas legais positivas – ou provas legais em sentido estrito²⁷ – são aqueles dados probatórios que permitem deduzir inimpugnavelmente a conclusão fática, graças à sua conjunção com premissas legalmente presumidas como verdadeiras que, de modo geral, conectam o tipo de fato experimentado como prova e o tipo de fato considerado provado. Estas premissas são, evidentemente, normas jurídicas. No procedimento inquisitivo pré-moderno, por exemplo, se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme os cálculos de suas probabilidades legalmente preestabelecidos: valor de provas “perfeitas” ou “plenas” a algumas provas, como a confissão ou as declarações de duas testemunhas concordantes; valores de provas “imperfeitas”, “sempiplenas”, “mais que semiplenas” ou “menos que semiplenas” a outras que, combinadas entre si segundo complicadas aritméticas probatórias, poderiam formar uma prova plena ou perfeita.²⁸ Está claro que, graças a este artifício, a indução judicial se transforma em uma dedução, cuja premissa particular é a prova legal, cuja premissa universal é a norma que confere àquela valor probatório pleno, e cuja conclusão deriva das premissas por *modus ponens*, segundo o esquema (a). O salto lógico que sempre separa duas afirmações particulares é, na realidade, chega a seu ápice por via de autoridade, mediante a pressuposição, como norma, da generalização da ilação – no sentido inverso, como veremos à enunciada pelas máximas da experiência, utilizadas como premissas da indução – entre os dois tipos de eventos por elas enunciados. Por exemplo, se no esquema (a) substituirmos *P* pela tese “duas testemunhas declaram concordantemente *H* nos mais mínimos detalhes”, o raciocínio subjacente ao método judicial da prova legal assume a forma dedutiva válida:

- (c) (I) Duas testemunhas declaram concordantemente *H*, nos mínimos detalhes
- (II) Cada vez que duas testemunhas declaram concordantemente *H* nos mínimos detalhes, então *H* é verdadeira
- (III) *H* é verdadeira,

onde (I) enuncia a prova legal, (II) a norma que estabelece a generalização em obediência ao seu valor probatório pleno e (III) a conclusão fática, deduzida por *modus ponens* de tais premissas.

Tudo isso é manifestamente absurdo. Na realidade, porque é desmentida pela experiência, é falsa qualquer generalização sobre a confiabilidade de uma modalidade de prova ou conjunto de provas. Duas pessoas poderiam declarar concordantemente a mesma tese, não já porque seja verdadeira, mas porque, por hipótese, se tenham colocado de acordo de antemão, estejam animadas pelo mesmo interesse, tenham incorrido no mesmo erro, ou por muitas destas razões, concomitantemente. Sem contar que, se *H* não for a hipótese acusatória, mas apenas um de seus indícios, pode ser, por sua vez, mais ou menos relevante, e a predeterminação em abstrato do grau de relevância de um indício será ainda menos possível que a do grau de confiabilidade de uma prova. Isto quer dizer que o esquema dedutivo (c) é imprestável como justificação epistemológica da indução judicial. Nenhuma prova, indício ou conjunto de provas e de indícios garante inimpugnavelmente a verdade da conclusão fática. *Não existem, a rigor, provas suficientes.*

O método das provas legais acompanhou durante cinco séculos, desde o fim do século XIII até a Revolução Francesa, a experiência processual da inquisição, desenvolvida em

toda a Europa continental.²⁹ No plano epistemológico, assinala uma decidida regressão relativamente à tradição tópico-retórica da *ars opponendi et respondendi*, que havia informado a concepção clássica da prova, desde a época grega e romana até a primeira fase do processo romano-canônico medieval. A idéia da prova como “suficiente”, graças à sua junção a uma norma, para garantir dedutivamente a verdade da conclusão fática, não obstante sua aparente racionalidade, na realidade é idêntica à que fundamenta as *provas irracionais* do tipo mágico e arcaico: as ordálias, o duelo judicial, o juramento, a adivinhação. Nessas provas mágicas, que caracterizavam as experiências processuais primitivas e, em particular, a romano-germânica da Alta Idade Média, um fato natural – como o resultado de uma prova física do acusado com a natureza ou com a parte ofendida, a provocação do castigo divino em caso de mentira ou, diretamente, qualquer sinal da natureza – é considerado por uma norma como prova ou como sinal suficiente de culpabilidade ou de inocência.³⁰ Diferentemente do que ocorre com as provas legais, a experimentação de tal fato não está dotada, na realidade, de qualquer força indutiva; a norma sobre a prova, em vez de uma falsa lei natural ou uma regra de experiência, é uma lei sobrenatural, uma tese mágica, ou religiosa, ou um questão de fé. O esquema lógico e epistemológico é, contudo, o mesmo: o da dedução da conclusão judicial como necessária (e não como provável) a partir da prova praticada e da norma que lhe confere este valor probatório ou imediatamente expressivo do fato provado.

Em oposição a uma difundida interpretação que nas contendas das ordálias descobre, sobretudo, as remotas ascendências do contraditório típico do rito acusatório,³¹ é possível, pois, rastrear uma continuidade muito maior entre estas antigas provas mágicas “irracionais” e as provas legais “racionais”, próprias do rito inquisitivo. A identidade do esquema epistemológico assinala arquétipos culturais comuns. Também as provas mágicas, do mesmo modo que as provas legais, são na realidade *provas formais* no sentido de que excluem a investigação e a livre valoração do juiz, substituindo-as por um juízo infalível e superior, divino no primeiro caso e legal no segundo. Também as provas legais, como as provas mágicas, são por outra parte *provas simbólicas* no sentido de que atuam como “signos normativos” da conclusão deduzida, até o ponto em que as semiprovas ou os quartos de prova legais sempre aparecem como signos normativos de algo: se não da culpabilidade, de uma semi ou menos que semiculpabilidade, que comporta uma semipena ou uma pena em todo caso reduzida.³² Uma confirmação disso é o fato de que a tortura, que arruinou ininterruptamente o mecanismo das provas legais e particularmente o da confissão, no procedimento inquisitivo pré-moderno, mantém, sem dúvida, o caráter de ordália de um juízo de Deus, ou seja, de uma prova física ante a qual sucumbir é sinal da culpabilidade do acusado e resistir é sinal de inocência.³³ Desenvolvimento das artes mágicas, recrudescimento do sentimento supersticioso, crenças obscuras no demônio e fanatismo religioso constituem, por tudo o mais, o tenebroso cenário cultural que circunda os processos contra as bruxas, bruxos e hereges, contra os quais mais violentamente se desencadeia, na época da Contra-Reforma, a perseguição inquisitorial.

4. A superação moderna das provas legais e o princípio potestativo da livre convicção

A crítica e a superação das provas legais representam uma conquista do pensamento iluminista³⁴ e da Revolução Francesa. O Decreto da Assembléia Constituinte de 8-9 de outubro de 1789 reformou radicalmente os princípios do procedimento inquisitivo codificados pela *Ordonnance Criminelle* de 1670, impondo a publicidade e a defesa do acusado em to-

dos os graus de jurisdição. Dois anos depois, o Decreto de 16-19 de setembro de 1791 suprimiu por completo o velho sistema, ao introduzir, a partir da fase instrutória, o rito acusatório, ao instituir o júri popular, ao abolir todo tipo de segredo, ao vincular o processo à oralidade e à imediatidade e, enfim, ao suprimir as provas legais e consagrar o princípio da livre convicção do juiz:³⁵ “Vous jurez” – prescrevia o decreto na fórmula do juramento lida aos jurados – “décider d’après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre *intime conviction*, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre” (Juraís decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa *intima convicção*, com a imparcialidade e a firmeza que convêm a um homem livre).³⁶

Ainda que estes dois decretos sejam justamente recordados como o momento “mais avançado do Iluminismo reformador” do qual “parte a disposição do processo penal moderno”,³⁷ nenhum dos princípios neles enunciados pode ser considerado um descobrimento inteiramente “moderno”: nem a idéia da verdade judicial como não necessária, mas apenas provável, nem os princípios da imparcialidade e da livre convicção do juiz, para além das provas legais, nem sequer as garantias da oralidade, publicidade e do contraditório. Estes princípios, que definem a estrutura acusatória do processo penal, têm atrás de si uma elaboração mais do que bimilenária, que remonta aos albores da civilização ocidental: precisamente àquela rica e refinada tradição retórica e tópica da *ars disserendi, inveniendi e judicandi*, que teve origem na Grécia clássica, por obra dos oradores áticos,³⁸ foi desenvolvida por Aristóteles,³⁹ recolhida por Hermágoras de Tenos, Cícero e os juristas romanos da época imperial⁴⁰ e transmitida depois, por intermediação de Casiodoro, Boécio e Isidoro de Sevilha, à cultura medieval dos séculos IX a XIII.⁴¹

Sobre esta extensíssima tradição, interrompida no continente europeu pelos séculos obscuros da Inquisição, mas conservada intacta no *law of evidence*, limito-me aqui a duas considerações sumárias. A primeira afeta a lógica do raciocínio probatório. Não apenas esta lógica se configura a partir do processo antigo como uma lógica modernamente indutiva, baseada, como demonstraram os estudos de Alessandro Giuliani, na concepção da prova como *argumentum*, senão que a lógica indutiva nasce em grande parte no seio da experiência do processo, como lógico *more juridico*, claramente distinta da lógica dedutiva de tipo analítico ou apodítico, enquanto confluyente na esfera do “provável”, do “opinativo”, do “verossímil” (*eikos*).⁴² Historicamente, pode-se dizer, é a metodologia da investigação empírica que se modela sobre a indução judicial – e não vice-versa – por meio da configuração da técnica da disputa mediante prova e erro, elaborada para as controvérsias jurídicas, como lógica ou teoria geral da investigação indutiva.

A segunda consideração se refere, mais em geral, à concepção clássica do processo como *disputatio* ou competição dilemática entre razões opostas, articulada e resolvida por *confirmações e refutações*.⁴³ Graças à sua estreita ligação com a retórica, a ciência jurídica processual se desenvolve, no mundo greco-romano e depois na organização medieval das artes liberais, como *sciencia civilis e conjecturalis*,⁴⁴ baseada nas regras do *liberaliter disputare* e sobre uma refinada teoria dos erros.⁴⁵ Incorpora por tal via os valores democráticos e liberais, além de racionais e laicos, da contraposição entre razões opostas como método maiêutico de discussão e de investigação, de igualdade e de direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses e argumentações em conflito, e a relatividade e a provisoriedade das provas e dos juízos no campo das *civiles quaestiones*.⁴⁶ Estes pressupostos humanistas foram os que deram origem

e alimento – ainda dentro de inúmeras quedas e descontinuidades – à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais: o ônus da prova a cargo do acusador e a presunção de inocência até prova em contrário,⁴⁷ o contraditório entre as partes como método de busca da verdade,⁴⁸ a imparcialidade e a estranheza do juiz acerca da contenda,⁴⁹ a prudência e a dúvida como método de investigação e estilo intelectual,⁵⁰ os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte ou irrelevantes pelo objeto,⁵¹ a livre convicção do juiz, argumentada, contudo, *juxta alligata et probata*.⁵²

A redescoberta dessa tradição por parte da cultura iluminista continental ocorreu em grande parte sob a influência da experiência processual inglesa, onde aquela jamais fora extinta. Contudo, tanto o rechaço das provas legais quanto o princípio da livre convicção do juiz são também o reflexo de duas aquisições modernas, uma epistemológica e outra garantista. A primeira aquisição é o reconhecimento, que se deve sobretudo a Hume, não apenas do caráter meramente “provável” da verdade empírica, que Locke e Leibniz já haviam elucidado claramente, mas também da fratura lógica que separa indefectivelmente os dados probatórios e os fatos provados,⁵³ e que nenhum artifício legal está em condições de preencher: de conformidade com isso, Filangieri, Pagano e Carmignani sustentaram que, ao não serem demonstráveis logicamente as conclusões de fato, mas apenas aceitáveis argumentativamente com preferência sobre outras, a “certeza” da verdade judicial fática jamais é absoluta ou objetiva, mas, por tudo o mais, “moral” ou “subjativa”.⁵⁴ A segunda aquisição é a afirmação dos princípios de retributividade e da legalidade estrita, segundo os quais a pena deve ser uma consequência do fato taxativamente previsto na lei como delito e não de outro fato por ela previsto como probatório: apesar de sua confiança na racionalidade da lei e sua desconfiança para com o arbítrio dos juizes, os iluministas não podiam deixar de compreender que a legalidade das provas é incompatível com a legalidade dos delitos e das penas.

As duas aquisições estão conectadas entre si. Só na medida em que se reconheça, conforme o caráter não dedutivo, mas indutivo do raciocínio probatório, que nenhuma prova implica necessariamente o delito, pode-se dizer, conforme o princípio de legalidade estrita, que a condenação e a pena não provêm da prova, mas do delito. Neste sentido, o princípio da livre convicção do juiz não representa um critério positivo de decisão sobre a verdade, alternativo ao das provas legais, mas equivale simplesmente ao rechaço das provas legais como suficientes para determinar a condenação e a pena. Precisamente, aquele significa: 1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus para a acusação de exibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com bases nelas, a própria convicção em caso de condenação; 4) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição.

O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da “livre convicção”, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo,⁵⁵ que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se

esforçado a reflexão epistemológica.⁵⁶ E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições *suficientes* da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição *necessária* da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa.⁵⁷

O equívoco resultou indubitavelmente favorecido pela perversão da estrutura do processo penal, que se verificou no continente europeu imediatamente depois da Revolução Francesa. O princípio da livre convicção do juiz havia nascido dentro do modelo processual acusatório, elaborado pela tradição clássica da *ars disputandi*, e depois pela inglesa da *law of evidence*, em coerência com outros princípios reciprocamente interdependentes: a separação pura entre a acusação, à qual incumbe o ônus probatório, e o juiz, entendido como expectador imparcial: o contraditório entre as partes, como técnica de formação e de argumentação das provas; a imediatez, a oralidade e a publicidade do julgamento; o sistema dos júris populares.⁵⁸ Este modelo processual, que os Decretos de 1789 e 1791 haviam recepcionado unitariamente, não sobreviveu na França à estação revolucionária. Primeiramente, o Código termidoriano de 25 de outubro de 1795 e depois, mais radicalmente, o napoleônico de 1808 desintegraram o sistema, ao substituírem a acusação perante o júri por um sumário escrito e secreto, conduzido de ofício pelo juiz de instrução, inserindo, assim, em um procedimento inquisitivo o já adquirido princípio da *intime conviction*. Disso é resultado aquele “processo misto”, que será copiado por numerosas codificações posteriores, incluída a italiana: predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor. Compreende-se que tal “monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório”,⁵⁹ tenha somado os defeitos de um e de outro, comprometendo de fato o único valor comum a ambos: a obrigação de o juiz decidir *juxta alligata atque probata*, que caracteriza tanto o processo puramente inquisitivo, no qual é necessária a prova legal, quanto o processo acusatório, em que o juiz é passivo diante da atividade probatória das partes e está a ela vinculado.⁶⁰

A dissolução moderna do ônus da prova à sombra da fórmula vazia da *intima* ou *livre* convicção do juiz depende, contudo, ainda mais do que dessa alteração institucional da estrutura do processo, da falta de elaboração de uma adequada teoria da prova e da convicção indutiva. Esta carência não pode ser suprida pela qualificação da convicção requerida como “racional” ou “argumentada”,⁶¹ ou da prova como “certa”, “firme”, “estrita”, “provada” ou com outros adjetivos similares, que não acrescentam nada aos substantivos.⁶² Em todos os casos, com efeito, se se interpretar a “convicção” do juiz não simplesmente como “insuficiência” da única prova legal, mas também como critério positivo de valoração que substitui o tipo de prova, corre-se o risco de que o raciocínio probatório incorra em uma petição de princípio, que remete à potestade do juiz e de que o ônus da prova se configure também circularmente, como encargo de aduzir as provas consideradas como tais por quem tem o poder de valorá-las e talvez de coletá-las. Isso quer dizer que a fórmula da livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção, isto é, da definição – não legal, mas epistemológica – do conceito de “prova adequada” ou, como se queira, “convincente”. Isto nos

faz retornar ao problema geral da justificação da indução, com o qual a moderna cultura processualista jamais se confrontou realmente.

5. O esquema nomológico-dedutivo da explicação causal

Uma solução satisfatória deste problema supõe abandonar por completo a pretensão, como se viu, ilusória de subministrar uma justificação dedutiva ou absoluta das conclusões indutivas do tipo da artificialmente prestada pelo sistema de provas legais. A impossibilidade de basear a indução em uma justificação semelhante não exclui, contudo, que seja possível obter uma justificação *relativa*. É precisamente esse tipo de justificação que tentarei fundamentar agora, identificando os *critérios de decisão* que nos permitirão considerar uma inferência indutiva mais razoável ou plausível que outras, rechaçáveis, por sua vez, como irrazoáveis ou implausíveis, porque injustificadas ou menos justificadas.

O melhor caminho para se chegar a semelhantes critérios de decisão ou justificação, ainda com as adaptações oportunas, é o oferecido pelo modelo nomológico-dedutivo da explicação causal, elaborado por Karl R. Popper e com maior difusão por Carl G. Hempel e P. Oppenheim.⁶³ Segundo este esquema, a inferência dedutiva, que permite ascender a partir dos fatos que devam ser explicados ou *explanandum* os fatos que constituem sua explicação ou *explanans*, se justifica porque pode ser inserida numa inferência dedutiva, que permite descender do *explanans* ao *explanandum*, graças à inclusão nas premissas explicativas de leis ou generalizações empíricas aceitas como verdadeiras, conforme a experiência passada.

É importante assinalar a diferença entre este esquema e os formulados em (a), (b) e (c). Retornemos ao exemplo proposto por Popper da ruptura de um fio (*explanandum*), do qual se pode induzir que, se a resistência do fio à tração é de um quilo, então é que se lhe aplicou um peso maior do que um quilo (*explanans*). Esta indução está justificada pelo fato de que pode ser inserida numa dedução onde a afirmação da ruptura do fio é a conclusão de uma série de premissas que consistem na suposição das condições iniciais correspondentes à hipótese explicativa (“a este fio, cuja resistência é de um quilo, se aplicou um peso de dois quilos”) e de uma ou mais leis gerais (“cada vez que a um fio é aplicado um peso maior do que sua resistência, então será ele rompido”). Se indicarmos ainda como *P* a afirmação da ruptura do fio e como *H* a hipótese de que sobre ele foi aplicado um peso maior do que sua resistência, a explicação causal terá a seguinte forma:

(d) (I) *H* é verdadeira

(II) Cada vez que *H* é verdadeira, também *P* será verdadeira

(III) *P* é verdadeira,

que, diferentemente do esquema (a), contém uma premissa geral aceitável como verdadeira, diferentemente do esquema (b), é dedutivamente válido e, diferentemente de (a), contém *H* nas premissas e *P* na conclusão.

Diremos, portanto, que a descrição dos fatos e das condições iniciais (I) constitui a explicação causal ou *explanans*, ou mais toscamente a “causa”,⁶⁴ da qual se deduz a – ou que se induz da – descrição do fato que se há de explicar ou *explanandum*, ou, mais toscamente, do “efeito” (III), graças à lei empírica (II) que une os dois tipos de acontecimentos. Esta lei tem a forma de uma implicação inversa daquela, patentemente falsa, incluída no esquema

(a), onde o efeito explicado figura como antecedente da causa explicativa, em vez de consequente. Ainda que aceitável como verdadeira, contudo, ela nem sequer estabelece uma conexão necessária que, como demonstrou Hume, não existe entre fatos explicativos antecedentes e fatos explicativos consequentes. Leis empíricas, com efeito, não são verdadeiras logicamente, mas apenas provavelmente, conforme a experiência passada, a qual não assegura, de modo algum, que o nexo entre acontecimentos se repetirá no futuro com regularidade necessária. Mas, sobretudo, nosso esquema (d) não pretende, como o esquema (a), garantir dedutivamente a verdade da hipótese explicativa H , a qual se supõe verdadeira, mas poderia sempre revelar-se falsa. Diz-nos somente que, se H é verdadeira, então é verdadeira também P , de forma que se P não é verdadeira, então não é verdadeira tampouco H . De acordo com isso, assim, H não é a explicação de P , senão apenas uma de suas possíveis explicações. P não é a demonstração de H , senão apenas uma de suas confirmações contingentes. P poderia ser explicada também pela hipótese H' , segundo a qual o fio fora queimado, ou pela hipótese H'' , segundo a qual fora cortado com uma tesoura.

O esquema da explicação nomológica-dedutiva, se bem que não permita demonstrar (mas apenas confirmar) a verdade, pode, contudo, apoiar a falsidade de uma hipótese explicativa. Com efeito, subministra-nos um critério, além de para confirmar as explicações, também para invalidá-las e, portanto, para decidir, conforme argumentos dedutivos do tipo *modus tollens*, qual dentre várias hipóteses explicativas deve ser descartada como falsa. Tomemos a hipótese H' , segundo a qual nosso fio fora queimado. Se é verdadeira, também deve ser verdadeira, conforme a generalização trivialmente certa sobre a oxidação dos fios em correspondência às queimaduras, a tese P' de que estão oxidadas as extremidades dos fios, correspondentes ao seu ponto de ruptura. Esta tese, por outra parte, se aceitarmos a generalização igualmente trivial de que a ruptura do fio por tração não provoca sua oxidação, não é compatível com a velha hipótese H . Em consequência, se P' é falsa, é falsa também H' (e H se torna confirmada ulteriormente), enquanto se P' é verdadeira, é falsa H (H' resulta confirmada ulteriormente). Podemos esquematizar estes argumentos nas seguintes fórmulas:

(e) (I) Cada vez que H' é verdadeira, também P' é verdadeira

(II) P' é falsa

(III) H' é falsa

(f) (I) Cada vez que H é verdadeira, também P' é falsa

(II) P' é verdadeira

(III) H é falsa,

que são ambos argumentos dedutivos válidos por *modus tollens*, dos quais o primeiro invalida H' (e confirma H) e o segundo invalida H (e confirma H').

Em todos os casos, a compilação de dados probatórios ulteriores nunca é suficiente para garantir com certeza a verdade de uma hipótese explicativa, mas só pode confirmá-la ou bem invalidar a hipótese concorrente. Cada dado probatório que se acomoda às premissas explicativas pode ser considerado, na realidade, como sua confirmação, que aumenta sua plausibilidade e o grau de probabilidade. Todo dado que, ao revés, não se acomoda a tais premissas representa uma refutação. A busca das pro-

vas ou confirmações por *modus ponens* a partir de uma determinada hipótese de trabalho, segundo o esquema (d), e das contraprovas ou refutações por *modus tollens* de todas as hipóteses concorrentes, segundo o esquema (e), ou bem das refutações da hipótese originária, segundo o esquema (f), são as únicas formas de controle em que se articula a investigação indutiva.

Podemos expressar tudo isso afirmando que não dispomos de um método de descobrimento ou de verificação, mas apenas de um método de confirmação e de falseabilidade. Um descobrimento – seja do cientista, do historiador ou do detetive – jamais é um ato mecânico, mas sempre um fato criativo, confiado à imaginação e à invenção.⁶⁵ Em consequência, jamais é dedutível mecanicamente, nem pode jamais afirmar-se como absolutamente verdadeiro, apenas pode ser preferido a todas as hipóteses concorrentes, conforme os dois critérios de verificação (que não devem ser confundidos com o significado do termo “verdadeiro”) já indicados no parágrafo 5: sua “coerência” com o maior número de confirmações e sua “aceitabilidade justificada” por sua resistência ao maior número de contraprovas e pela queda diante destas de todas as demais hipóteses.

6. A estrutura lógica da prova: confirmação por *modus ponens* e refutação por *modus tollens*

A justificação da indução judicial pode se basear mais ou menos sobre os mesmos esquemas. Tampouco na indução judicial estaremos em condições de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória. Podemos, contudo, confirmá-la ou invalidá-la. Isto quer dizer que, ainda que de uma hipótese acusatória não possam resultar provas suficientes, devem, contudo, resultar provas necessárias; ou que nenhuma prova é suficiente e todas as provas e contraprovas praticáveis são necessárias. Diferentemente do que ocorre na investigação científica, a busca das provas judiciais por *modus ponens* e a das contraprovas por *modus tollens* estão institucionalmente confiadas, pelo menos no sistema acusatório, a partes distintas e em conflito por serem portadoras de interesses antagonicos. Esta divisão das partes em papéis distintos e separados, que representa uma garantia contra o poder inquisitivo, é, contudo, o reflexo e, por assim dizer, a transposição cênica de uma estrutura argumentativa que é logicamente idêntica. Precisamente, a justificação da indução fática operada no processo exige três condições, que submeterei à análise mais adiante: 1) o ônus da *acusação* de produzir dados ou fatos probatórios que tenham o valor de confirmações necessariamente consequentes acerca da hipótese acusatória e de generalizações ou “máximas da experiência” que os liguem a ela; 2) o direito da *defesa* de invalidar tal hipótese, contraditando-a mediante contraprovas compatíveis apenas com hipóteses alternativas, as quais por sua vez a acusação tem o ônus de invalidar; 3) a faculdade de o *juiz* aceitar como convincente a hipótese acusatória (não se, mas) apenas se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas coletadas.

A forma lógica da prova – assim como é necessária, mas por si só insuficiente, para sufragar a conclusão – é, assim, inversa à das provas legais positivas, configurada pelo esquema (c) e copiada no esquema (a). Tome-se, por exemplo, o argumento probatório de duas testemunhas concordantes. O raciocínio que lhe subjaz (só se justifica se) tem a seguinte estrutura:

(g) (I) H é verdadeira

(II) Cada vez que H é verdadeira e há duas testemunhas oculares de H , então elas referem H , concordando nos mínimos pormenores

(III) Duas testemunhas referem H , concordando nos mínimos pormenores,

onde – como em (d) e diversamente do que ocorre em (c) – a premissa geral (II) é uma implicação entre o *explanans* e o *explanandum* (e não vice-versa) e a prova (III) não garante em absoluto a verdade da hipótese H , mas é apenas sua confirmação, ao derivar dela por *modus ponens*. Se, ademais, as duas testemunhas não concordam entre si e declaram, uma H e a outra H' , está claro que uma delas diz algo falso e que o argumento (g) é uma inutilidade. Em tal caso, a alternativa entre H e H' deve ser decidida conforme outras hipóteses auxiliares (como a falta de confiabilidade, por sua vez argumentada, de uma das duas testemunhas) e/ou de outros dados e argumentos probatórios. Situem os caso de que Tício, contraditado por Mévio, declara que vira Caio no lugar do delito e que este aduza um álibi inimpugnável. Conforme a máxima da não ubiqüidade, o álibi será suficiente para desmentir tanto o testemunho de Tício quanto a hipótese H , da qual se induzira a responsabilidade de Caio, graças ao seguinte esquema ou argumento auxiliar:

(h) (I) Cada vez que H é verdadeira, P é falsa

(II) P é verdadeira

(III) H não é verdadeira,

que, da mesma forma que (e) e (f), é dedutivelmente válido por *modus tollens*.

Convém sublinhar que o raciocínio probatório, como qualquer outro raciocínio indutivo, por tudo o mais, procede não apenas logicamente, mas também pragmaticamente segundo os esquemas agora ilustrados. A busca indutiva, com efeito, em contraste com o esquema das provas legais, não parte das provas para chegar conclusivamente à sua explicação, senão de hipóteses mais ou menos incontroladas, mas “imaginadas verdadeiras” daquelas que prefiguram as provas que podem oferecer sua confirmação ou, inclusive, sua refutação. Em outras palavras, a busca das provas está sempre dirigida por uma hipótese de trabalho, e a formulação das hipóteses, por sua vez, atua sempre em função de alguma confirmação disponível ou esperada. Ao enfrentar um problema, não se registram indistintamente todos os dados e os fatos do mundo, mas só aqueles *relevantes* acerca de uma ou de várias hipóteses de solução, e não se parte de todas as hipóteses imagináveis, mas apenas daquelas plausíveis, ainda que só o sejam de modo distante.⁶⁶ Está claro que esta seleção das hipóteses que devam ser questionadas e das provas que se devam praticar está dirigida, além de por nossa intuição, pelo conjunto de nossos conhecimentos, tal como resultam dos chamados “fatos notórios” e das chamadas “máximas da experiência”. Mas estas máximas permitem inferir dedutivamente não já as hipóteses das provas coletadas, como pretendem as falsas generalizações, incluídas nos esquemas (a) e (c), próprios das provas legais, mas – ao revés – as provas das hipóteses por *modus ponens* ou a negação das hipóteses das contraprovas por *modus tollens*.

Naturalmente, a indução e a explicação judiciais apresentam, relativamente às científicas, características específicas, ligadas em grande parte ao fato de que versam sobre acontecimentos do passado, já não mais repetíveis. Antes de tudo, na indução judicial é

impossível essa confirmação específica, que é o “experimento”, ou seja, a reprodução artificial das condições iniciais hipotéticas como explicações causais dos dados disponíveis.⁶⁷ Por causa do caráter indireto de quase todas as provas que, como já visto, são quase sempre “provas de indícios”, as afirmações que enunciam os dados probatórios mais diretamente relevantes jamais são verificadas diretamente, mas só mais ou menos plausíveis. Em consequência, seu caráter de confirmações (ou de refutações) é relativo ao grau de confiabilidade subjetiva dos meios de prova, por cuja prática são por sua vez induzidas. Além disso, enquanto as generalizações, incluídas no esquema nomológico-dedutivo da explicação científica, são leis naturais cujo grau de probabilidade se aproxima da unidade, as utilizadas nas explicações não científicas – as “leis de cobertura” de que falam Dray e Hempel na investigação histórica,⁶⁸ as “máximas de experiência”, de que falam os juristas na investigação judicial⁶⁹ e, em geral, as infinitas regras entimemáticas que dirigem a conduta cotidiana – são, ao contrário, muito mais toscas e aproximativas. Daí se segue que o grau de probabilidade das induções judiciais é, ademais, relativo ao grau de probabilidade das máximas de experiência empregadas, que é, em todo caso, menor do que o das leis científicas.

Tudo isso incide, contudo, no grau de probabilidade ou de força indutiva das provas judiciais, mas não na estrutura lógica de sua justificação, que, da mesma forma que a das induções realizadas na vida cotidiana (por exemplo, “posto que o solo está molhado, então choveu”), vem dada pelo fato de que podem ser convertidas em deduções, onde o *explanans* (“choveu”), unido a uma generalização plausível (“cada vez que chove, molha-se o solo”), constitui a premissa particular do *explanandum* dado (“o solo está molhado”). Por exemplo, na historieta judicial antes contada, as generalizações entimemáticas, cuja explicação permite converter, em outras tantas deduções, as induções necessárias para chegar à conclusão explicativa, se referem à normal sinceridade das testemunhas, à confiabilidade de sua visão, às marcas de sangue que costumam ser deixadas nas armas brancas nos delitos de sangue, à natureza das lesões produzidas e similares. Está claro que todas estas generalizações ou máximas da experiência não são verdadeiras com certeza, mas apenas mais ou menos plausíveis, conforme o *id quod plerumque accidit*. Isto aumenta a incerteza, logicamente intrínseca ao esquema nomológico aqui ilustrado, da explicação causal hipotética como premissa. Se esta é, contudo, confirmada por outras provas – por exemplo, as testemunhas são mais de uma, Caio fora encontrado na posse da arma do delito e acabou por confessar, na arma e no lugar do delito foram encontradas inúmeras impressões digitais e outros rastros de Caio, Semprônio havia pronunciado seu nome antes de exalar o último suspiro – e por outra parte resiste, diversamente de outras, a todas as possíveis contraprovas, o conjunto dos dados probatórios coletados bem poderá ser julgado maciço.

Assim chegamos ao último e mais difícil de nossos problemas: o do grau de probabilidade que permite considerar adequada ou convincentemente provada uma hipótese acusatória. Esclarecido que nenhuma prova é suficiente para subministrar uma justificação absoluta da indução judicial, quais são as provas e as contraprovas necessárias que permitem sua justificação, ainda que só relativa? Mais exatamente, quais são as condições, na presença das quais uma ou várias provas são adequadas ou convincentes e na ausência das quais não o são? Responder a estas perguntas significa identificar as *garantias processuais*, cuja satisfação justifica a livre convicção do juiz, isto é, sua decisão sobre a verdade fática no processo.

7. As garantias processuais: necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada

Distinguirei o problema das garantias processuais da verificação e da refutação fática em três subproblemas, que correspondem, respectivamente, às três condições acima exigidas para a justificação da indução judicial: 1) como garantir a necessidade da prova ou verificação; 2) como garantir a possibilidade da contraprova ou refutação; 3) como garantir, contra a arbitrariedade e o erro, a decisão imparcial e motivada sobre a verdade processual fática.

Antes de enfrentar estes três subproblemas, convém aludir a uma solução do primeiro, que, ainda quando insatisfatória no plano epistemológico, tem o mérito de ser a única entre as historicamente propostas que tem algum valor garantista. Esta solução consiste na teoria das chamadas *provas legais negativas*, segundo a qual, se é certo que nenhuma prova legalmente predeterminada pode ser considerada suficiente por si mesma para garantir a verdade da conclusão, em contraste com a livre convicção do juiz, nem sequer a livre convicção pode ser considerada por si mesma suficiente para tal fim, ao ser necessário que seja acompanhada de alguma prova legalmente predeterminada. Em apoio a este método se alinham os mais ilustre criminalistas da Escola Clássica italiana, igualmente contrários aos dois sistemas opostos das provas legais e da mera convicção do juiz, como alternativamente suficientes para embasar a condenação: de Filangieri a Romagnosi, de Pagano a Carmignani.⁷⁰ Feitas exceções de algumas codificações de começos do século XIX,⁷¹ pelo mais, este método permaneceu alheio à experiência processual moderna.

É fácil compreender que as provas legais chamadas “negativas”, ainda quando acriticamente unidas pela atual doutrina processual às “positivas”, são completamente distintas destas e, pelo menos sob algum aspecto, a elas opostas. As provas legais positivas são, na realidade, aquelas na presença das quais a lei prescreve ao juiz que considere *provada* a hipótese acusatória, ainda que tal “prova” contraste com sua convicção. As provas legais negativas são, ao contrário, aquelas na ausência das quais a lei prescreve ao juiz que considere *não provada* a mesma hipótese, ainda que tal “não prova” contraste com sua livre convicção. Onde as provas do primeiro tipo são, por isso, *suficientes* para justificar a aceitação da verdade da hipótese acusatória, as do segundo ao contrário, são só *necessárias* para o mesmo fim e, enquanto a presença das primeiras torna obrigatória a condenação, a presença das segundas simplesmente a permite; por sua vez, na sua ausência se mantém firme a obrigação de absolvição. No plano jurídico, em consequência, as provas legais negativas equivalem a uma *garantia* contra a convicção errônea ou arbitrária da culpabilidade, assegurando normativamente a necessidade da prova e a presunção de inocência até prova em contrário.⁷²

O defeito do sistema das provas legais negativas é de natureza epistemológica e, em parte, comum ao das provas legais positivas. Diferentemente destas, as provas legais negativas não são utilizáveis como premissas das quais seja possível deduzir, em contraste com o princípio de Hume, a verdade da hipótese acusatória, mas têm apenas, como nos esquemas (d) e (g), o valor de confirmações, exigidas pela lei como necessárias, embora insuficientes por si mesmas sem a livre convicção que apóie a conclusão. Analogamente ao esquema das provas legais positivas, contudo, é a ausência da prova legal que, neste esquema, permite deduzir indiscutivelmente a conclusão contrária. O paralogismo consiste neste caso na presumida equivalência legal entre a falta da prova legal e a prova contrária, graças a uma premissa geral que une a falta do tipo de fato, previsto como prova, à

negação do tipo de fato que se tem que provar. Está claro que também uma premissa deste tipo é uma norma jurídica e que são de todo arbitrários tanto o reconhecimento em abstrato por ela realizado quanto o desconhecimento da mesma forma em abstrato de tal valor a outros tipos de prova. As provas legais negativas, em consequência, exigem demais e, ao mesmo tempo, muito pouco: *demais* porque podem não ser necessárias em face de outras provas em concreto, adequadas e convincentes; *muito pouco* porque podem ser em concreto inadequadas a justificar racionalmente a convicção indutiva, que requereria a aquisição de outros e mais relevantes dados probatórios.

Podemos expressar esta mesma crítica às provas legais – tanto negativas quanto positivas –, afirmando que não existe qualquer critério, formulável em via geral e abstrata, para estabelecer o grau *objetivo* de probabilidade de uma hipótese acerca de um tipo de prova. Mais ainda, se forem excluídos modelos lingüísticos rigorosamente formalizados, torna-se impossível estabelecer o grau objetivo de probabilidade ou de confirmação de qualquer hipótese com relação a qualquer conjunto de dados disponíveis.⁷³ Daí segue a arbitrariedade de qualquer valoração legal e, portanto, apriorística do grau de probabilidade de uma hipótese acerca de uma prova que, ao referir-se inevitavelmente à sua *probabilidade objetiva*, é tão infundada quanto a predeterminação legal de sua *certeza objetiva*.

Se não é possível uma valoração objetiva, é, contudo, possível uma valoração subjetiva da probabilidade. Uma valoração semelhante, ainda que não possa ser levada a cabo abstratamente pela lei, pode, entretanto, ser realizada pelo juiz com relação às provas e aos indícios concretamente disponíveis. Esta distinção entre *probabilidade objetiva* e *probabilidade subjetiva* – referida a primeira à verdade em sentido objetivo e a segunda, à confiabilidade no sentido subjetivo – é antiqüíssima: presente já em Aristóteles,⁷⁴ coletada por Cícero,⁷⁵ pela Escolástica medieval e depois por Locke e por Leibniz,⁷⁶ e formalizada por Carnap,⁷⁷ sempre deu o que fazer à reflexão epistemológica, reproduzindo-se sob a forma de um dilema não resolvido na teoria da prova e dividindo-a entre orientações metafisicamente objetivistas e orientações subjetivistas e decisionistas.⁷⁸ Contudo, depois do quanto se disse no primeiro capítulo sobre a noção de verdade, não é difícil compreender que o dilema teórico expresso pela alternativa entre os dois tipos de probabilidade é um falso dilema, que se resolve com a diferenciação, já amplamente ilustrada no primeiro capítulo, entre *significado* e *critérios* de verdade: onde a probabilidade objetiva é o significado da palavra “probabilidade” (ou “verdade provável” ou similares) e a probabilidade subjetiva é o critério de aceitação de uma hipótese como “provável” (ou “provavelmente verdadeira”). Assim como não existem critérios de verdade objetiva, mas apenas critérios de verdade subjetiva, tampouco existem critérios de probabilidade objetiva, mas apenas critérios de probabilidade subjetiva.

Também em sede judicial, portanto, os únicos *critérios* de decisão afetam a probabilidade subjetiva. Se assim não fosse, o princípio *in dubio pro reo*, entendida a dúvida no *sentido* de incerteza objetiva, jamais permitiria a condenação, dado que qualquer hipótese é, por sua natureza, provável e sempre será possível, qualquer que seja o grau de probabilidade ou de confirmação, que seja objetivamente falsa.⁷⁹ O que é possível e, assim, se poderá pretender, como se disse no parágrafo 8, é apenas a falta de dúvida ou certeza subjetiva sobre os pressupostos da condenação, tal como pode ser assegurada por critérios de decisão igualmente subjetivos. Estes critérios são os indicados no parágrafo 5 da *coerência* das hipóteses acusatórias com os dados probatórios e de sua *aceitabilidade justificada* por uma capacidade explicativa maior do que a possuída por outras. Conforme a análise

da prova, até aqui desenvolvida, podemos, portanto, identificar as condições que os satisfaçam com as três ordens de garantias processuais expressas por nossos axiomas A9, A10 e A7: a necessidade da prova, a possibilidade de refutação ou contraprova e o juízo imparcial sobre a capacidade explicativa das hipóteses em conflito.

A hipótese acusatória deve ser, antes de tudo, confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios. A tal fim, deve ser formulada de tal modo que implique a verdade de vários dados probatórios e a explicação de todos os dados disponíveis. Com efeito, uma hipótese verdadeira é sempre fecunda, isto é, idônea para explicar muito mais fatos do que aqueles para os quais fora formulada e, portanto, para produzir *modus ponens*, segundo o esquema (g), múltiplas e variadas confirmações.⁸⁰ Na pluralidade destas confirmações ou verificações, das quais não são predetermináveis o número e a qualidade, consiste a condição ou a garantia da prova: que, assim, comporta a necessidade de adquirir não um dado probatório, senão um sistema coerente de dados – “graves, precisos e concordantes”, como estabelece o art. 192, inciso 2, do novo Código de Processo Penal italiano – com base no qual todos os fatos conhecidos e outros fatos adicionais originariamente ignorados hão de ser dedutíveis da hipótese provada.⁸¹ Como conclusão da investigação, em suma, da mesma forma que as novelas policiais, todos os dados disponíveis devem se enquadrar na hipótese descoberta, que também deve estar em condições de nos iluminar na explicação de outros fatos e indícios inicialmente ignorados. Diversamente do que ocorre no sistema das provas legais negativas, esta configuração da prova obriga, portanto, à produção não de determinadas provas, mas simplesmente de provas. Mas, em analogia com tal sistema, exige como condição necessária do convencimento justificado, idônea para superar a presunção de inocência, a produção de *mais* provas compatíveis, conforme o critério da coerência, com a hipótese provada. A presença ou a ausência de provas não permitem, por outra parte, como nas provas legais positivas e negativas, a dedução da culpabilidade ou a dedução contrária da inocência, mas são apenas condições, respectivamente, necessárias e suficientes, para justificar a decisão da indução de uma ou de outra.

Ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova. Com efeito, se a verificação de uma hipótese é impossível, dado que sua verdade não pode ser demonstrada, senão apenas confirmada, é, ao contrário, possível sua refutação por *modus tollens*, segundo o esquema (f). Enquanto nenhuma prova ou confirmação é suficiente para justificar a livre convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser explicitadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas. Evidentemente, nem sequer as contraprovas, ao serem somente prováveis, garantem a falsidade objetiva da hipótese incompatível com elas. Mas uma só delas, se é aceita como verdadeira, é suficiente para excluir a decisão do juiz sobre a verdade da hipótese e para embasar, conforme o critério da coerência, a decisão sobre sua falsidade. A livre convicção, em consequência, conquanto possa justificar as

provas (necessárias, mas não suficientes para justificar a condenação), não pode superar as contraprovas (suficientes, mas não necessárias para justificar a absolvição).

A terceira condição ou garantia da verdade fática, conectada às outras duas e não menos decisiva, se refere à imparcialidade da escolha realizada pelo juiz entre hipóteses explicativas em conflito. Para ser aceita como verdadeira, a hipótese acusatória não só deve ser confirmada por várias provas e não ser desmentida por qualquer contraprova, senão que também deve prevalecer sobre todas as possíveis hipóteses em conflito com ela, que devem ser refutadas por *modus tollens*, segundo o esquema (e). Quando não são refutadas nem a hipótese acusatória nem as hipóteses em conflito com ela, a dúvida é resolvida, conforme o princípio *in dubio pro reo*, contra a primeira. Este princípio equivale a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, que não permite a condenação enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas em conflito com ela. Por isso, enquanto a hipótese acusatória só prevalece se estiver confirmada, as contra-hipóteses prevalecem pelo fato de haverem sido refutadas: não desmenti-las, com efeito, ainda que sem justificar sua aceitação como verdadeira, é suficiente para justificar a não aceitação como verdadeira da hipótese acusatória. Evidentemente, nem sequer a falsidade de uma contra-hipótese pode ser demonstrada de maneira conclusiva se não estivermos seguros da falsidade de suas implicações probatórias e da verdade da premissa geral, que estabelece tais implicações. Contudo, é necessário que resulte implausível, por incompatível com algum dos dados probatórios coletados.

Estas três garantias, juntamente com o pressuposto semântico da legalidade estrita ou verificabilidade das hipóteses acusatórias, asseguram a *estrita jurisdicionariedade* do processo penal. Graças a elas, o processo se configura como *uma contenda entre hipóteses em conflito*, que o juiz tem a tarefa de dirimir: precisamente, o ônus da prova em apoio da acusação resulta integrado pelo ônus da contraprova ou refutação das hipóteses em conflito; o direito de defesa ou refutação está, por sua vez, integrado pelo poder de apresentação de contraprovas compatíveis com o conjunto dos dados disponíveis e capazes de subministrar explicações alternativas; e a motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação só se, além de apoiar a hipótese acusatória com uma pluralidade de confirmações não contraditadas por qualquer contraprova, também estiver em condições de desmentir com adequadas contraprovas todas as contra-hipóteses formuladas e formuláveis. Daí o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do *favor rei*, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.

8. O ônus da prova, o contraditório, a motivação

As três condições ou garantias agora ilustradas, se se excluir a norma de conclusão do *in dubio pro reo*, têm todas caráter *epistemológico* e não especificamente jurídico. Não predeterminam normativamente a valoração das provas, mas simplesmente refletem, na investigação judicial, a lógica da indução científica. Mas, precisamente por isso, reduzem ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção, assegurando a máxima certeza ou segurança possível das decisões condenató-

rias: não – observe-se – a segurança do direito penal máximo, de que nenhum culpado fique impune, mas a segurança do direito penal mínimo, própria do modelo cognitivo SG, de que nenhum inocente seja punido. Diremos, assim, que, enquanto as garantias penais da legalidade estrita asseguram, como regras semânticas de formação da linguagem penal, a verificabilidade e a falseabilidade das hipóteses judiciais, as garantias processuais da estrita jurisdicionariedade asseguram, com critérios sintáticos e pragmáticos de decisão sobre a verdade, sua verificação e sua refutação.

São, ao contrário, condições ou garantias processuais especificamente *judiciais* as numerosas regras ou técnicas de julgamento, dirigidas a assegurar a efetividade de tais critérios de justificação da convicção indutiva: o ônus da prova a cargo da acusação, que não se deve confundir com o ônus ou necessidade da prova como condição de condenação e que, ao contrário, designa uma regra de repartição funcional da atividade probatória; o método legal de formação das provas e de desenvolvimento do contraditório; a publicidade, a oralidade e a imediatez do julgamento; as invariáveis normas de exclusão ou de inadmissibilidade (não dos indícios, mas) das provas, enquanto subjetivamente inconfiáveis; os direitos da defesa e a paridade de poderes entre as partes em causa; a motivação pública da decisão, mediante a explicação de todas as inferências indutivas que apóiam a conclusão dispositiva a partir de todos e só dos dados probatórios, ritualmente coletados nas atas do processo; o controle das decisões mediante a pluralidade dos graus de jurisdição, ativáveis pela partes insatisfeitas; a separação institucional do juiz das partes em causa, como terceiro ou imparcial, e as conexas garantias orgânicas da independência, inamovibilidade e predeterminação natural do juiz, além das de sua competência.

De todas estas e de outras possíveis garantias processuais falarei profusamente no capítulo nono. Aqui me interessa sublinhar sua diversa natureza – e seu papel, por assim dizer, auxiliar – acerca das três ordens de garantias que chamei de “epistemológicas”. Estas, ao serem caracterizáveis como condições ou critérios de justificação da indução judicial, valem para qualquer tipo de processo – seja acusatório, inquisitivo ou misto – que aspire a caracterizar-se como jurisdicional ou, em todo caso, corroborado por provas. Como disse Leibniz, “toda forma dos procedimentos de justiça não é efetivamente senão uma espécie de lógica aplicada às questões de direito”.⁸² Esta espécie de lógica é a lógica indutiva. É, portanto, “lógico” antes que jurídico o valor normativo dos princípios metodológicos da necessidade de várias provas, da possibilidade de contraprova e do valor dirimente das contraprovas ou das contra-hipóteses não desmentidas. Não é necessário, ainda que fosse fortemente desejável, sua explícita formulação legislativa. Se tampouco as leis processuais contiverem alguma regra ou garantia normativa em matéria de formação das provas, uma decisão judicial que desatendesse aqueles princípios – condenando sem provas ou na presença de contraprovas, ou sem desmentir hipóteses alternativas – seria igualmente inadmissível. Acrescento, por outra parte, que a “lógica – entendido este termo como compreensivo também da lógica indutiva – não tem só, no processo, o valor prescritivo que tem a respeito de qualquer atividade intelectual. Pelo menos em ordenamentos como o italiano, tem também um valor jurídico, ao haverem sido recepcionadas suas regras, ainda que genericamente, pelas leis e pela jurisprudência, por meio do princípio do controle na cassação da *illegitimidade* dos procedimentos judiciais”.⁸³ Daí segue que a violação dos critérios que justificam a verificação indutiva é, em todo caso, uma causa de ilegitimidade e não de irracionalidade das decisões injustificadas, de conformidade com eles.

No sentido inverso, as garantias processuais de caráter intrinsecamente jurídico são aquelas regras do jogo judicial que disciplinam as atividades dos autores do processo para proibir o abuso e permitir-lhes, de fato, em condições de paridade, a busca mediante ensaio e erro, em que se articula a argumentação indutiva. Conforme sua presença ou ausência, distinguirei, no capítulo 9, entre processo acusatório e processo inquisitivo e, em geral, entre os diversos modelos de processo historicamente elaborados e experimentados. Pode-se dizer, ademais, que dos quatro limites da verdade processual examinados no parágrafo 4, enquanto as garantias penais e processuais, que asseguram as condições epistemológicas da verificabilidade e da verificação, servem para reduzir, respectivamente, os dois primeiros (a incerteza das premissas jurídicas e a das conclusões fáticas), estas garantias, instrumentais acerca das primeiras, servem, por sua vez, para reduzir o terceiro (a subjetividade do juízo), inclusive à custa de aumentar o quarto (o caráter jurídico-autoritativo da verdade processual).

Isso não diminui em nada sua importância prática. A investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites normativos, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber. É por esta razão, como se verá, que a debilidade das garantias instrumentais corre sempre o risco de comprometer todas as garantias epistemológicas da verificação e da refutação fática, que são, assim, ainda mais carentes, no processo penal moderno, do que as garantias penais da verificabilidade e da refutabilidade jurídica. O que na realidade ocorreu, no velho regime processual de Rocco, é que o tabu das provas legais e o equivocado dogma da livre convicção desqualificara, antes no plano teórico do que no prático, qualquer disciplina do procedimento probatório dirigida a vinculá-lo à sua satisfação. O princípio da necessidade da prova, ao não se concretizar no ônus jurídico para a acusação acerca da produção de uma pluralidade de provas, se dissolveu, assim, no critério vazio e potestativo da íntima convicção. O princípio da possibilidade de refutação, ao não estar garantido por poderes de defesa comparáveis aos poderes da acusação e ao não estar estabelecido normativamente o valor dirimente das contraprovas e das contra-hipóteses não refutadas, converteu-se igualmente em um princípio genérico de presença das razões do acusado. A motivação das decisões sobre a verdade fática, não estando vinculada por nenhuma norma jurídica, a dar conta não só das provas, mas da falta de contraprovas, além das contraprovas e contra-hipóteses, nem a explicitar todas as inferências dedutivas e indutivas que justificam a conclusão aceita, converteu-se em uma argumentação persuasiva e valorativa, subtraída, por sua vez, de critérios de verificação e de controle.

Sob estes aspectos, o novo Código italiano é indubitavelmente mais promissor. Antes de tudo, a já recordada prescrição no art. 192 de uma pluralidade de dados probatórios “graves, precisos e concordantes” legalizou a necessidade epistemológica de uma pluralidade de confirmações, segundo o esquema do *modus ponens*. Em segundo lugar, a previsão, no mesmo art. 192, da obrigação de o juiz “dar conta na motivação dos resultados adquiridos e dos critérios adotados” equivale à prescrição de que a motivação explicita todas as inferências indutivas, levadas a cabo pelo juiz, além dos critérios pragmáticos e sintáticos por ele adotados, incluídos os das contraprovas e das refutações por *modus tollens*. Em terceiro lugar, a introdução no art. 190 do “direito à prova”, ao teor do qual “as provas serão admitidas mediante solicitação da parte”, ao servir, de maneira geral, para excluir, em coerência com a escolha acusatória, a iniciativa inquisitiva do juiz, transformou de fato a necessidade da prova em ônus jurídico da prova, a cargo da acusação: daí segue, na rea-

lidade, que onde a acusação não exija a aceitação de provas confiáveis ou, inclusive, só descuide do pedido de contraprovas disponíveis ou da refutação de contra-hipóteses plausíveis, a prova não deve ser considerada obtida. Tudo isso, conjuntamente com a reabilitação, no debate, do contraditório e da imparcialidade do juiz, oferece as bases normativas nas quais, talvez, se poderá apoiar uma cultura judicial da prova à altura da epistemologia científica e, por sua vez, do modelo garantista aqui sustentado.

11. A EQUIDADE. O PODER DE CONOTAÇÃO E O FAVOR REI

1. A contraposição corrente entre legalidade e equidade

A configuração, até agora fornecida, do modelo ideal ou garantista do direito penal talvez tenha criado a impressão de uma concepção predominantemente silogística e extravalorativa da cognição judicial e da aplicação da lei. Isto depende do fato de que nos parágrafos precedentes analisei somente os poderes de denotação e de verificação tal como se expressam nas duas inferências teóricas – a indução fática e a dedução jurídica – que justificam o uso e a aceitação do termo “verdadeiro” por parte do juiz. Além dos poderes de denotação e de verificação, a função judicial, como mencionei no parágrafo 1.4, inclui, contudo, outro tipo de poder, necessário para concluir a terceira inferência – o silogismo prático – de que se compõe o raciocínio judicial. Ainda quando também este poder esteja ligado a uma atividade cognitiva, seu exercício não é por demais suscetível de verificação jurídica.

Quando um juiz toma conhecimento de um delito, ainda que esteja denotado de forma taxativa na lei, não se limita a asseverar (ou a negar), conforme as provas (as não provas ou contraprovas), a tese que enuncia seu cometimento por parte de um sujeito culpável. Valora também, para fins da decisão, sobre a medida e/ou sobre a qualidade da pena, a gravidade específica do fato em relação ao contexto ambiental em que se verificou, com suas causas objetivas e seus motivos subjetivos, com a intensidade da culpabilidade, bem como com as circunstâncias específicas nas quais o culpado atuou. Ainda que as teses que descrevem essas circunstâncias específicas costumem ser afirmações dotadas de referências empíricas, quase sempre é impossível predicar delas a verdade jurídica. A lei, com efeito, não prevê nem poderia prever todas as infinitas conotações particulares (que aumentam ou atenuam a gravidade) dos fatos por ela denotados, senão que todos os demais pormenores podem indicar seus critérios de valoração. A individualização das características particulares do fato e as conseqüentes valorações configuram a chamada *equidade* do juízo, na qual se expressa um poder que chamarei *poder de conotação*. É a esta atormentada, mas fundamental noção e aos numerosos equívocos comumente associados a ela que, agora, se dirigirá nossa análise.

Segundo uma definição escolástica que se costuma atribuir a Aristóteles, a equidade é “a justiça no caso concreto”.⁸⁴ Mais precisamente, Aristóteles, ao analisar na *Ética Nicomachea* as relações da *legalidade* e da *equidade* com a justiça, escreveu que “o equitativo, se bem seja justo, não está de acordo com a lei, mas com uma correção da justiça legal. Por causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas corretamente de um modo universal. Naqueles casos, então, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo corretamente, a lei aceita o mais corrente, sem ignorar que existe algum erro”.⁸⁵ A equidade serviria, assim, para preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento.

“Tal é a natureza do eqüitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”.⁸⁶ Com efeito, acrescenta Aristóteles, “quando a lei apresenta um caso universal e sobrevêm circunstâncias que ficam de fora da fórmula universal, então seria bom, na medida em que o legislador se omite e erra ao simplificar, corrigir esta omissão, pois o próprio legislador haveria feito esta correção, se houvesse estado presente, e haveria sobre isso legislado, se o houvesse previsto. Por isso, o eqüitativo é justo e melhor do que certa classe de justiça, não porém da justiça absoluta, mas melhor sim do que o erro que surge de seu caráter absoluto”.⁸⁷

Esta passagem aristotélica – que conecta a eqüidade (ou justiça eqüitativa) ao caráter singular dos juízos, e a legalidade (ou justiça legal) ao caráter universal das leis – continua sendo, ainda hoje, a explicação mais clara e penetrante que jamais se ofereceu da noção de eqüidade. O que nela é insatisfatório, contudo, é a idéia de que a universalidade das normas, isto é, sua forma geral e abstrata, equivaleria ao seu caráter “insuficiente”, ou “lacunoso” ou à sua “omissão” e, inclusive, a um “erro”, de tal modo que a eqüidade seria “uma correção” da lei. Esta idéia é repetida na *Retórica*, onde se associam à noção de eqüidade os significados mais variados: a eqüidade seria simultaneamente um remédio a uma omissão involuntária da lei,⁸⁸ uma fonte de direito alternativa à lei quanto ao que seja “o justo para além da lei escrita”,⁸⁹ um critério antiformalista de interpretação jurídica, consistente em “olhar não a lei, mas o legislador. Não a letra, mas a intenção do legislador”⁹⁰ e, enfim, uma atitude “indulgente para com as coisas humanas”.⁹¹

O defeito desta concepção é que o recurso à eqüidade – ainda que baseado no dado estrutural de que é próprio das leis “falar em geral” e dos julgamentos decidirem sobre circunstâncias particulares que “se passaria uma vida enumerando”⁹² – fica configurado como uma operação não ordinária, mas subsidiária ou extraordinária, não *intra*, mas *extra*, *ultra* ou *contra legem*. Este equívoco perpetuou-se por toda a história do pensamento jurídico, provocando – também por causa do desenvolvimento de jurisdições especiais de eqüidade, ao lado das ordinárias de legalidade⁹³ – desorientadores mal-entendidos políticos e estereis contraposições teóricas entre eqüidade e legalidade. Pense-se na polêmica de Hobbes contra Sir Edward Coke a propósito da definição que este anunciou de eqüidade, como “reta razão”, com a qual o juiz “interpreta e emenda a lei escrita”, e rechaçada por aquele por estar em contraste com o princípio da legalidade estrita e com o monopólio legislativo do soberano.⁹⁴ Pense-se, por outra parte, na definição de Hegel segundo a qual “a *eqüidade* significa uma ruptura do direito formal” e inclusive permite “decidir acerca de um caso singular, sem ter em conta as formalidades do procedimento e, em especial, os meios de provas objetivos, tal como estabelece a lei. Seria regido pelo interesse próprio *deste* caso singular, não pelo interesse de uma disposição legal que pudesse tornar-se geral”.⁹⁵ Idéias análogas, além disso, haviam manifestado Muratori,⁹⁶ Genovesi,⁹⁷ Kant e, em geral, toda a cultura iluminista.⁹⁸

Ainda hoje, a contraposição da eqüidade à legalidade, como modelo de juízo complementar, supletivo ou alternativo é um lugar-comum da filosofia jurídica, que se confunde, às vezes, com a contraposição entre formalismo e antiformalismo ou, pior, entre juspositivismo e jusnaturalismo. A eqüidade seria, assim, uma espécie de “muleta da justiça”, consistente em “uma tendência oposta a todo formalismo, do qual deve ser complementar”,⁹⁹ ou bem um meio para suprir as lacunas ou os equívocos evidentes da lei, mediante o reenvio ao direito natural,¹⁰⁰ à consciência social¹⁰¹ ou à discricionariedade normativa do juiz;¹⁰² ou inclusive uma lógica alternativa àquela própria do juízo de legalidade, não “fechada”, “silogís-

tica” ou “dedutiva”, mas “aberta”, “silogístico-retórica” ou “entimemática”;¹⁰³ ou, enfim, “a justiça do homem, em contraste com a justiça da lei”.¹⁰⁴ Em todos os casos, a equidade está acreditada (ou desacreditada, segundo os pontos de vista) como fonte de direito alternativa à legalidade, ou bem como instrumento mais ou menos excepcional de interpretação e de integração da lei. Com a consequência de que, enquanto sua aceitação serve para favorecer orientações substanciais e decisionistas contrárias ao princípio de legalidade¹⁰⁵ e particularmente deletérias no direito penal,¹⁰⁶ sua repulsa vem enlaçada com orientações obtusamente formalistas e abstratamente legalistas.

2. Uma noção semântica da equidade: legalidade como denotação e equidade como conotação. Língua e linguagem penal

Penso que estas configurações da equidade e as dificuldades conceituais que comportam são o fruto de teorias inadequadas (e mais freqüentemente da ausência de qualquer teoria) do significado dos enunciados jurídicos – legais e judiciais – e das palavras que neles aparecem. Com efeito, o problema da *equidade* e de sua relação com a *legalidade* pode ser resolvido se subministrarmos uma caracterização semântica adequada a estes dois conceitos, utilizando para tal fim a teoria lógica do significado, exposta no parágrafo 9.1, e a distinção por ela elaborada entre *conotação* (ou *intensão* ou *significado intensivo*) e *denotação* (ou *extensão* ou *significado extensivo*) de um signo.

Se aplicarmos esta distinção à linguagem jurídica, podemos dizer que a *legalidade* (ou conformidade com a lei) de uma afirmação judicial consiste na *denotação* de um fato mediante um predicado conotado pela lei como delito e em sua consequente *verdade processual*, enquanto a sua *equidade* (ou conformidade com o caso concreto) consiste na *conotação* do mesmo fato denotado pela lei como delito e em seu consequente *conteúdo informativo particular*. A lei, com efeito, conota as *características essenciais* ou os *elementos constitutivos* que formam a intensão de uma figura ou conceito legal de delito e que determinam a extensão da classe dos casos individuais denotados pelo juiz como aqueles dos quais a figura legal é predicável em afirmações judiciais aceitas como verdadeiras; o juiz, por sua vez, conota as *características acidentais* e as *circunstâncias específicas*, não conotáveis nem denotáveis legalmente, que formam a intensão dos casos individuais denotados pela lei como membros da classe cuja extensão está determinada pela figura de delito por ela conotada. Com uma fórmula sintética, que mais adiante se tornará mais clara, direi que *a lei conota o que o juiz denota, e denota o que o juiz conota*; e que, inversamente, *o juiz denota o que a lei conota, e conota o que a lei denota*. “Legalidade” e “equidade” – referindo-se uma à denotação e a outra à conotação, levadas a cabo no julgamento – podem ser concebidas consequentemente como dois aspectos distintos do conhecimento judicial: o *juízo de legalidade* corresponde à *verificação* (da qual se tratou nos dois parágrafos anteriores) das características essenciais e comuns que permitem afirmar que um determinado fato individual entra em determinada classe de delitos conotada pela lei; o *juízo de equidade* consiste, ao inverso, na *compreensão* das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotadas pela lei.

Tudo isso pode se tornar mais evidente com um exemplo. As duas teses “Tício cometeu um roubo” e “Caio cometeu um roubo” podem ser ambas verdadeiras e ambas conformes aos princípios de legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade. Por hipótese, com efeito, tanto o fato individual de Tício quanto o de Caio foram provados e possuem, am-

bos, as *características essenciais* que formam a intensão ou conotação do conceito legal de roubo e que determinam seu campo de denotação. Mas isto não quer dizer que o roubo de Tício e o roubo de Caio sejam iguais, da mesma forma que a verdade tanto da tese “*P* é uma mesa” quanto da tese “*Q* é uma mesa” não comporta mais do que a extensão das duas teses, que as mesas “*P*” e “*Q*” sejam iguais. Os dois roubos de Tício e de Caio (como as duas mesas “*P*” e “*Q*”) terão, na realidade, *caracteres acidentais* necessariamente diversos, de modo que as duas teses que enunciam sua comissão expressarão conteúdos informativos diferentes em relação às diferentes e não repetíveis conotações dos dois fatos denotados, ambos, pela lei como “roubos”. As diferentes características acidentais dos dois roubos, isto é, suas conotações específicas, formam precisamente o objeto de compreensão e de valoração no juízo de equidade. De acordo com elas, é equitativo considerar que o roubo de um pedaço de pão, cometido por Tício em estado de necessidade, é muito menos grave do que o roubo no banco de 1 milhão cometido por Caio; ou que uma ferida infligida por Tício em um momento de ira é menos grave que a mesma ferida infligida por Caio pelo gosto de se viciar. Conotações e valorações deste tipo, ainda que sendo estranhas à questão da verdade e da certeza das quais depende a legalidade do juízo, constituem um aspecto essencial e iniludível da cognição judicial e fazem com que todos os juízos sobre um mesmo tipo de delito, ainda que igualmente extensivos no plano legal quer dizer, igualmente verdadeiros ou igualmente falsos, jamais sejam equitativamente intensivos por igual, mas cada um sempre novo e diferente do precedente.

Em termos menos rigorosos, mas talvez mais simples, esta complexa epistemologia do juízo pode ser expressa mediante o auxílio, mais do que da distinção entre denotação/extensão e conotação/intensão dos signos, da já utilizada entre *língua* e *linguagem jurídicas*, entendida a primeira como o conjunto das regras de uso das expressões empregadas na segunda. Diremos em tal caso: a) que o predicado “roubo” *designa* na língua legal o conceito jurídico de roubo, *definido* em abstrato pela lei, e *expressa* na linguagem judicial os caracteres essenciais ou constitutivos do fato concreto *denominado* “roubo” pelo juiz; b) que os caracteres particulares e acidentais de tal fato concreto, enquanto não designáveis no nível normativo da língua legal, são expressáveis na linguagem judicial com as palavras da língua comum; c) que, enfim, o conjunto das proposições legais que estabelecem as regras de uso dos conceitos jurídicos são, para o conjunto das proposições judiciais que delas fazem uso, o que são o dicionário e a gramática de qualquer língua para a linguagem de quantos a falam. Recuperando uma distinção feita mais acima, pode-se acrescentar também que a *interpretação doutrinal* do jurista consiste na redefinição e na explicação das *condições de uso* dos conceitos jurídicos definidos pelas *normas* na língua legal, enquanto a *interpretação operativa*, levada a cabo pelo juiz ou por outros operadores, consiste em seu *uso* para denominar os *fatos* na linguagem judicial. A primeira é, como a lei, um fato de língua; a segunda é, como juízo, um fato de linguagem. Está claro que na linguagem judicial vários fatos – assim como vários sujeitos individuais em qualquer linguagem –, ainda quando denominados, todos, por exemplo, como “roubo”, conforme as regras de uso da língua jurídica estabelecida na lei, se tornarão expressos e descritos de maneira irredutivelmente diversa.

3. Princípio da legalidade e princípio da equidade como regras semânticas da linguagem penal. Os elementos constitutivos e as circunstâncias do delito

Correlativamente ao *princípio de legalidade*, que temos caracterizado como uma regra semântica sobre a formação da linguagem penal, pelo demais também o *princípio de equi-*

dade pode ser caracterizado como uma regra semântica sobre a formação de tal linguagem. A diferença reside em que não se refere à denotação, mas à conotação judicial. Precisamente, pode ser concebido como uma regra metajudicial, que prescreve que o juízo conote da maneira mais precisa e penetrante os fatos denotados pela lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas ou particulares.

Estas características acidentais são as que se chamam *circunstâncias do delito*. Diversamente dos elementos constitutivos, não constituem as conotações essenciais do conceito de delito, na presença ou ausência das quais é verdadeira ou é falsa a qualificação de um fato como delito, mas são só suas *agravantes*, suas *atenuantes* ou suas *excludentes de culpabilidade*.¹⁰⁷ Muitas destas circunstâncias estão preestabelecidas pela lei, que no intento de disciplinar no grau máximo o poder equitativo do juiz, subministra ela mesma conotações normativas; de modo que também para elas, como para os elementos constitutivos, a função do juiz se dirige principalmente à sua denotação e verificação. Além das legais, o juiz tem, contudo, a tarefa de compreender todas as circunstâncias – legalmente imprevisas e a miúdo imprevisíveis – que fazem do caso um fato distinto de todos os demais e que, de qualquer forma, têm relevância para a valoração de sua gravidade específica e a conseqüente determinação da medida da pena, predeterminada freqüentemente na lei entre um mínimo e um máximo.¹⁰⁸ Pelo demais, também as circunstâncias legais se expressam muito freqüentemente em termos valorativos, que remetem à conotação equitativa: pense-se no caráter “torpe ou fútil” dos motivos da ação ou em seu “relevante valor moral ou social”, na “gravidade” ou na “pequenez” do dano, na “crueldade” da conduta, no “estado de ira”, na “provocação” e similares.¹⁰⁹ Isto sem falar das “atenuantes genéricas”, que são conotações em branco que a lei convida o juiz a preencher para mitigar a severidade da pena.¹¹⁰

Está claro que a compreensão equitativa de todas estas circunstâncias específicas, e tanto mais se não estiverem previstas na lei, comporta um *poder de conotação* que se expressa em escolhas e valorações amplamente discricionárias. Este poder, da mesma forma que o poder de denotação dos fatos como delitos conforme os elementos constitutivos conotados na lei, é um poder intrínseco à função judicial, que não pode ser suprimido. Pode ser reduzido ou disciplinado mediante a definição de mais precisas e particularizadas circunstâncias legais. Mas não se pode – e, diferentemente do que para o poder de denotação, nem sequer se deve – tentar excluí-lo. Na realidade, não será apenas legítima, mas também iniludível a discricionariedade equitativa que aquele comporta e que está ligada ao fato de que o juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade.

É fácil compreender, conforme a análise até aqui desenvolvida, tanto o valor como os limites da intuição aristotélica segundo a qual, ao ser para a lei “necessário falar de um modo universal”, a equidade serve para corrigir “a lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”, quer dizer, “quando a lei apresenta um caso universal e sobrevêm circunstâncias que ficam de fora da fórmula universal”.¹¹¹ Em concreto, sempre ocorre algo que fica de fora da fórmula universal. Com efeito, como admitiu em determinado momento o próprio Aristóteles, “o erro não radica na lei, nem no legislador, mas na natureza da coisa”.¹¹² Só que não se trata de “erro”, mas sim da natureza lógica da conotação (e da denotação) judicial acerca da denotação (e da conotação) legal, ou da linguagem no que toca à língua e da interpretação operativa no que toca à interpretação doutrinal. Não há, assim, nenhum sentido em contrapor legalidade e equidade, como se as duas coisas

pudessem ir separadas ou, inclusive, uma como alternativa da outra. Ainda menos sentido haverá em dizer – como Aristóteles e quantos outros que copiaram seu pensamento – que a lei é “insuficiente”, ou “lacunosa”, ou que “o legislador se omitiu e errou”, e conceber por isso a equidade como “co-respectivo”, “integração” ou “derrogação do direito formal”, ou como “o justo que vai além da lei”, segundo “o espírito do legislador”, o “direito natural”, a “consciência social”, a “discrecionabilidade legislativa do juiz” ou similares.

Todas estas e outras representações análogas servem apenas para confundir o problema, que, como ocorre frequentemente, é muito mais simples que as soluções que lhe foram dadas. A legalidade e a equidade constituem dois aspectos diversos do conhecimento judicial ligados a duas dimensões distintas, mas logicamente indissociáveis, da linguagem jurídica e do significado dos signos nele empregados. De modo que nem a legalidade será possível sem a equidade, nem a equidade – salvo nos sistemas substancialistas descritos no parágrafo 7.4 e tendencialmente carentes de legalidade ou de língua ou denotação legal – será possível fora da legalidade. Todos os juízos são, portanto, mais ou menos equitativos ou iníquos, segundo seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas do caso em julgamento; assim como podem ser mais ou menos legais ou ilegais, segundo seu grau de aproximação à verdade processual. O paradoxo do caráter, por sua vez, da mesma forma e diversamente dos infinitos casos concretos subsumidos em uma mesma norma abstrata, se desfaz com só considerar que a igualdade dos casos se refere à sua denotação, enquanto a diferença se refere à sua conotação, e que não se dá uma conotação sem denotação, nem vice-versa. Por isso, todos os casos de roubo são iguais no plano extensivo, mas distintos no plano intensivo, porque o juiz, em um sistema de legalidade, *conota* de maneira *distinta* o que a lei denota e *denota* de maneira *igual* o que a lei conota. Não há nada misterioso em tudo isso. Ao conotar equitativamente um fato concreto, o juiz não corrige, integra, ultrapassa nem sequer interpreta a lei mais do que eu corrijo, integro, ultrapasso ou interpreto o significado da palavra “mesa”, definido pelo dicionário da língua italiana, quando a uso para denotar a mesa sobre a qual agora estou escrevendo e para conotar suas características específicas e não repetíveis que a tornam distinta de todas as demais mesas do mundo. Muito menos o juiz derroga a lei aos princípios de prova. Os pressupostos lógicos da conotação equitativa são, pelo contrário, a verificação fática do delito que se tem de conotar e a verificação jurídica de sua denotação legal. Quanto mais aproximativas e incertas sejam estas, por defeito de garantias, tanto maior resultará o espaço aberto aos sofismas e às sofismarias, que podemos definir, em oposição à equidade, como a arte de atribuir identidades onde há diferenças essenciais, e diferenças onde há identidades, graças à possibilidade de estender ou de restringir a bel-prazer os confins indeterminados da denotação legal.

4. Os equívocos do formalismo e do antiformalismo. *Juris-dictio* e *juris-prudentia*

Muitos dos pseudoproblemas e dos lugares comuns que têm afligido e dividido o pensamento jurídico, e que vão mais além da mesma questão da relação entre legalidade e equidade no direito penal podem ser eliminados sobre esta base. Antes de tudo, em grande parte perde sentido a alternativa ideológica entre *formalismo* e *antiformalismo* como métodos de interpretação e de aplicação da lei, contrapostos em nome de valores distintos e antinômicos: por um lado, a justiça formal da exclusiva sujeição do juiz à lei e, por outro, a justiça substancial do caso concreto, livre de vínculos legais rígidos. As duas aproximações são na

realidade defeituosas: a primeira porque se limita à denotação dos elementos constitutivos ou extensivos que tornam iguais todos os casos denotados pelo mesmo pressuposto típico legal, descuidando as conotações intensivas que os tornam distintos; a segunda porque se limita à conotação dos caracteres singulares e intensivos que tornam cada caso conotado pelo juiz distinto de todos os demais, olvidando os traços extensivos que os fazem iguais. O chamado “formalismo” da primeira aproximação é, na realidade, uma forma, muito difundida no mundo judicial, de *obtusidade legalista*, que se manifesta na falta de compreensão dos casos concretos e das razões humanas que os explicam e caracterizam. O chamado “antiformalismo” da segunda é, por sua vez, uma forma, não menos difundida no mesmo mundo, de *arbúrio substancialista*, que se expressa na falta de verificação da denotação legal de um fato como delito, muito além das características concretas reprováveis nele reconhecidas.

Analogamente, resultam equivocadas e distorcidas outras dicotomias clássicas – como a de abstrato e concreto, universal e particular, geral e individual, sistema fechado e sistema aberto, auto e heterointegração e similares – com que a miúdo se expressam, alimentando-se umas com os defeitos das outras, atitudes teóricas e práticas contrapostas em matéria de aplicação da lei. Por exemplo, é sem dúvida equivocada a ilusão da crítica marxista do “direito igual”, dirigida não à falta de equidade no julgamento, mas sim à forma geral e abstrata da legalidade que tornaria paritárias situações desiguais, esquecendo a efetividade de suas concretas determinações materiais.¹¹³ O mesmo se deve dizer do antilogicismo dessa orientação metodológica desenvolvida na Alemanha, sob o nome de *juristische Hermeneutik*, que teoriza, em oposição ao esquema silogístico, a inevitável discricionariedade, valoratividade e criatividade de toda a atividade judicial, exigidas pela chamada pré-compreensão dos fatos e pela correlativa concretização das normas.¹¹⁴ Por outro lado, enfim, a desconfiança da tradição juspositivista, de Hobbes em diante, diante do recurso à equidade, por seu contraste com a redução do juízo – por aquela tenazmente perseguida – a silogismo mais ou menos perfeito, é certamente fruto de um grosseiro equívoco, pois a equidade nada tem que ver com o silogismo judicial, ao não afetar – e, portanto, ao não compreender – o procedimento de busca e de formação da verdade processual, que, como se tem visto, se refere à denotação e não à conotação judicial.¹¹⁵

Em consequência, tornam-se desacreditados muitos equivocados paradigmas que apóiam, de vários modos, as distorções práticas do uso judicial. O ditado *dura lex, sed lex* e, pior, a máxima *summum jus, summa injuria*¹¹⁶ não podem ser uma senha para a dureza ou a iniquidade do juízo, mas apenas imagens contra a obtusidade dos juizes. A equidade não pode ser invocada para ultrapassar a lei, senão apenas para aplicá-la. A aplicação da lei ao caso concreto é, na realidade, uma atividade cognitiva que requer, por sua vez, como duas condições necessárias e cada uma delas insuficiente, tanto a *verificação* quanto a *compreensão*. Ela é, ao mesmo tempo, *juris-dictio*, ou seja, verificação da correspondência, à lei, do fato provado e apreendido, e *juris-prudentia*, ou seja, compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado. É precisamente na “prudência”, “compreensão” ou no “discernimento” das diferenças que Aristóteles identificava a virtude da equidade.¹¹⁷ Ainda mais do que a *dictio* ou denotação dos elementos constitutivos, conforme aos quais um determinado fato é um delito, e a qual que se pressupõe, em todo caso, é antes a *prudentia* ou compreensão de suas conotações singulares que caracteriza a função judicial, distinguindo-a de qualquer outra função burocrática ou meramente executiva. É por meio dela que ingressam – como devem ingressar – no juízo o contexto ambiental do fato e as condições nos quais foi vivido, as

circunstâncias efetivas humanas e sociais nas quais residem sua concretização e particularidade e que o tornam diferente de todos os demais, por mais que, como outros, esteja denotado pelo mesmo *nomen* ou título de delito. Certamente, a compreensão equitativa requer também conotações valorativas e por isso discricionárias. Mas esta específica *discrionarietà giudiziale* (a única forma de discricionarietà) é plenamente legítima e pertinente, ao ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição.

5. O favor rei: compreensão equitativa, valoração simpatética e gradação das penas

Está claro que quanto mais profunda e penetrante seja a compreensão do fato tanto maior será a atenuação, nos limites da justificação, de sua gravidade. A compreensão humana é sempre, tendencialmente, simpatética. É ao mesmo tempo, segundo a representação que dela sugeriram David Hume ou Adam Smith, atividade racional e princípio ou pressuposto da valoração prática e da comunicação social.¹¹⁸ Por isso, enquanto a prova prática e a valoração jurídica exigem, como escrevia Beccaria, a indiferença e a distância do juiz quanto ao caso denotado,¹¹⁹ a compreensão equitativa requer a não indiferença, isto é, aquela participação na situação de fato conotada que se expressa na benevolência, na compaixão, na *pietas*.¹²⁰ A valoração equitativa jamais se refere, na realidade, ao caso abstrato, senão sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento, que no ordenamento italiano, como em outros, não é apenas um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. É nela que se manifesta a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do juiz. Pelo mais, como justamente se tem observado, seguindo Hume e Smith, esta compreensão simpatética não consiste em uma identificação com os hábitos mentais do sujeito em julgamento, como a que proviria de uma romântica fusão afetiva, mas em uma “participação imaginativa indireta e mediata”, que é de tipo racional, porque se baseia na “representação da situação de fato” submetida a julgamento.¹²¹ Ainda menos reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Ao contrário, é o produto de um esforço intencional do juiz dirigido a prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para “compreender” ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento.¹²² Neste sentido, a equidade é também uma condição da imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado.

Assim se explica, conforme a configuração aqui avençada da equidade como conotação e compreensão dos casos concretos, como foi possível que a equidade tivesse sido concebida sempre como uma dimensão do juízo favorável ao réu. “Ser indulgente com as coisas humanas é também de equidade”,¹²³ quer dizer, ser como “aquele que, afastando-se da justiça estrita e de seus piores rigores, sabe ceder”.¹²⁴ Esta função da equidade não é apenas o fruto de uma opção política em favor do direito penal mínimo;¹²⁵ nem deriva apenas de um princípio geral de tolerância para com as valorações quando estas não servem para punir o réu, mas para atenuar ou excluir a responsabilidade e a pena. Está conectada, ainda antes, aos princípios epistemológicos da conotação e da compreensão judicial, que sempre comportam a máxima aderência do juízo às circunstâncias concretas do caso em julgamento.¹²⁶ Uma compreensão perfeita, que chega a penetrar por completo todas as conotações e os condicionamentos singulares – psicológicos, materiais e sociais – do caso

específico, comportaria talvez, em muitos casos, a absolvição, conforme o princípio *tout comprendre est tout pardonner*.

Naturalmente, isto é vedado pela estrutura legal do ordenamento, que na presença (da verificação) de um delito permite a absolvição apenas se concorrerem circunstâncias eximentes previstas na lei. Nada impediria, contudo – ao contrário, tudo aconselharia –, a previsão legal de circunstâncias “eximentes genéricas”, análogas às “atenuantes genéricas”, cuja compreensão conduz à exclusão do delito. Uma figura desse tipo é, por exemplo, a do perdão judicial prevista no direito penal de menores, onde é maior o espaço concedido pela lei à compreensão equitativa.¹²⁷ A lei, no mais, reconhece o *favor rei* como critério inspirador daquilo que chamamos de poder de conotação, prevendo como figura tipicamente equitativa somente as circunstâncias “atenuantes genéricas” e não também as “agravantes genéricas”.¹²⁸ Sob este aspecto, parece-me em contradição com o princípio da equidade a previsão por parte da lei de limites mínimos, junto aos limites máximos de pena, para tipo de delito. Tal previsão, na realidade, não apenas contradiz o modelo de direito penal mínimo, mas humilha a função do juiz, ao não lhe consentir valorar plenamente a possível falta de qualquer gravidade do caso concreto, relativamente à gravidade do tipo de delito abstratamente valorada pela lei, conforme suas exclusivas conotações constitutivas, mediante a estipulação dos limites máximos.

12. A DISCRICIONARIEDADE. O PODER DE DISPOSIÇÃO E OS PRINCÍPIOS GERAIS

1. Verdade indeterminada e arbítrio dispositivo. O poder judicial de disposição.

Os limites da verdade processual ilustrados no parágrafo 4 e mais analiticamente nos parágrafos 9 e 10 excluem, como se tem visto, que a segurança penal possa ser absoluta. A segurança das motivações judiciais, tanto de fato quanto de direito, é, no melhor dos casos – de modo não diferente, ademais, à de qualquer raciocínio empírico –, uma certeza apenas relativa. Junto aos espaços *irreduzíveis* de insegurança devidos aos limites intrínsecos à verdade processual e admitidos de fato também pelo sistema de legalidade estrita SG, podem se dar espaços muito maiores e *reduzíveis* de insegurança, devidos à ausência de uma ou de mais garantias e admitidos, junto aos primeiros, por todos os demais sistemas. Se os espaços do primeiro tipo permitem falar da “verdade processual” como de uma verdade somente aproximativa – juridicamente opinativa e faticamente provável –, os do segundo tipo podem se estender até o ponto de não permitir, em absoluto, o uso no processo da palavra “verdadeiro”, nem sequer em sentido aproximado.

Conforme a análise até agora desenvolvida em torno das condições de decidibilidade da verdade processual, pode-se afirmar agora que todos os espaços de insegurança – irreduzíveis e reduzíveis – equivalem a outros tantos espaços ou tipos de *poder*, cuja soma constitui o que chamamos de “*poder judicial*”. Tenho chamado *poder de verificação* ao que se exerce na presença unicamente dos espaços mínimos ou irreduzíveis, mediante decisões apenas sobre a verdade processual; tenho distinguido tal poder em poder de verificação *jurídica* ou de interpretação e poder de verificação *fática* ou de comprovação probatória, segundo seja exercido por decisões sobre a verdade jurídica ou sobre a verdade fática. Chamarei agora “*poder de disposição*”¹²⁹ ao que se exerce na presença dos espaços reduzíveis, mediante decisões necessariamente referidas (também ou somente) a valores dis-

tintos da verdade. Enquanto no sistema *SG* o poder judicial que se expressa na comprovação dos pressupostos da decisão é só poder de verificação, nos sistemas *S1* e seguintes é também poder de disposição, e, nos casos extremos de *S8* e *S9*, onde a verdade processual é por completo indeterminada, é apenas poder de disposição. Quanto ao *poder de conotação*, que não se refere à legalidade (ou verdade), senão à equidade (ou conteúdo específico) do juízo, não é de todo suprimível, como se tem visto; mas enquanto no sistema de legalidade estrita *SG* é possível exercê-lo apenas relativamente aos fatos exaustiva e exclusivamente denotados pela lei e por isso verificáveis e verificados, isto será tanto menos possível quanto menos determinável for a verdade processual, por carência de denotação, isto é, de estrita legalidade, e será até mesmo impossível, quando a verdade processual seja de todo indeterminável. Neste último caso, expressado nas formas mais extremas pelos sistemas substancialistas, carentes de denotação legal, como o *S9* policial e o *S10* do cádi, também o poder de conotação se resolve no puro poder de disposição.

Os dez modelos de direito penal formalizados no segundo capítulo se distinguem, assim, pelo seu grau crescente de insegurança e decrescente de garantismo e também pelo grau crescente de poder judicial arbitrário por eles admitido. Precisamente, dos quatro poderes nos quais decompus o poder judicial – o poder de comprovação probatória, o poder de interpretação ou denotação, o poder de conotação e o poder de disposição – os três primeiros estão também presentes no sistema garantista mais aperfeiçoado, sendo, por assim dizer, fisiológicos e intrínsecos à função jurisdicional. Ainda quando seu exercício comporte a intervenção de juízos de valor e de critérios pragmáticos de solução das incertezas, os três estão ligados, ademais, a atividades cognitivas: a verificação da existência do fato no primeiro caso, a verificação do tipo de delito por ele constituído no segundo e a compreensão de suas específicas e concretas particularidades no terceiro.

Inversamente, o poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão. Propriamente, aqui não há sequer *juris-dictio*, isto é, denotação do que é conotado pela lei, mas simplesmente *dictum*, não baseado nos três silogismos nos quais anteriormente havia decomposto o raciocínio judicial, mas unicamente no poder que, por isso, tenho chamado de “disposição”. Este poder cresce – a expensas do poder de verificação jurídica e fática dos elementos denotados legalmente e do poder de valoração das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição “absoluto”, quando a insegurança é total. A insegurança, no sentido elucidado mais acima, é seguida, na realidade, da indeterminabilidade ou das dificuldades de decisão sobre a verdade processual; e volta a aparecer quando não existe uma solução (ainda que seja apenas aproximativamente) verdadeira do caso que se tem que julgar, mas várias soluções (todas igualmente) válidas. Nestes casos, decai a correlação biunívoca entre verdade da motivação e validade da decisão, ao teor da qual se fixa o modelo garantista *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Com efeito, nos modelos *S1-S9*, caracterizados por graus decrescentes de segurança e de garantismo, a verdade das motivações condiciona cada vez menos a validade das decisões, até não condicioná-la em

absoluto, por causa de sua impredicabilidade, nos sistemas mais marcadamente substancialistas e decisionistas, onde *auctoritas, non veritas facit iudicium*.

A fronteira entre poder de verificação e poder de disposição, entre espaços irreduzíveis e espaços redutíveis de discricionariedade decisória, entre modelo garantista de direito penal mínimo e modelos não garantistas de direito penal tendencialmente máximo, não pode ser, evidentemente, traçada de maneira rígida e precisa. Só se pode dizer que o banco de provas do caráter cognitivo ou garantista de um sistema penal e processual ou de suas partes concretas está constituído pela possibilidade de refutação, exigida em via de princípio pelo axioma A10, das hipóteses acusatórias.¹³⁰ A verdade processual é, na realidade, uma verdade alcançada mediante garantias ou regras de jogo codificadas, que asseguram essencialmente a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, desde a contestação inicial até passar ao *status* de coisa julgada da sentença definitiva de condenação, mediante contraprovas ou contra-hipóteses. Ali onde a refutação é impossível significa que a técnica de definição legal e/ou judicial do que é punível não permite juízos cognitivos, mas apenas juízos potestativos, de forma que a livre convicção não se produz sobre a verdade, mas sobre outros valores. Isso bem pode ocorrer por razões semânticas, quer dizer, porque a hipótese legal e/ou judicial não está formada por proposições que designam fatos, senão por juízos de valor ou de significado indeterminado do tipo “Tício é perigoso”, “Caio é subversivo” ou “tal objeto é obsceno”; ou bem pode ocorrer por presunções ou preclusões normativas que de fato exoneram a acusação do ônus da prova ou precluem da defesa o contraditório e a refutação. No primeiro caso, a hipótese acusatória, não importa que seja por sua formulação legal ou pela judicial, é logicamente irrefutável (além de inverificável), por causa de seu estatuto semântico, não afirmativo, mas meramente valorativo; no segundo caso permanece não refutada (mas tampouco verificada) e, portanto, apodítica, por causa do mecanismo processual que a preserva da refutação. Em nenhum dos dois casos se dá “juris-dicção” em sentido próprio, senão mero exercício de repressão; não há juízo de comprovação, mas de decisão: direito penal “sem verdade” e “sem saber”, enquanto inteiramente confiado à vontade discricionária, ou seja, ao poder dos órgãos julgadores.

Compreendem-se, assim, o alcance e, por sua vez, os limites do garantismo. O garantismo penal é, antes de tudo, um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações (ou declarações de falsidade), tornada possível pelos princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdiccionariedade. É, além disso, um modelo estrutural de direito penal caracterizado por alguns requisitos substanciais e por algumas formas procedimentais em grande parte funcionais a tal epistemologia: como a consequencialidade da pena ao delito, a exterioridade da ação criminoso e a lesividade de seus efeitos, a culpabilidade ou responsabilidade pessoal, a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação, o ônus acusatório da prova e os direitos da defesa. Em todo caso, não garante a *justiça substancial*, que em sentido absoluto não é deste mundo, e em sentido relativo é questão, como se verá na terceira parte, de conteúdos legislativos e, por isso, de escolhas políticas em ordem a bens jurídicos e interesses que se devam tutelar penalmente e aos meios punitivos justificáveis com tal fim; senão apenas a *justiça formal*, isto é, uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal. Esta justiça formal, ao coincidir com a segurança e/ou a verdade legal das decisões jurisdicionais, é, contudo, o pressuposto necessário, ainda que insuficiente, de qualquer arremedo de justiça substancial.¹³¹

2. O problema do caráter político da função judicial. A ilegitimidade do poder de disposição

Sobre essas bases se pode finalmente situar e encaminhar a uma solução a *vexata quaestio* do caráter político da função judicial, que em anos passados dividiu tão profundamente a cultura jurídica, sobretudo na Itália.¹³² Temos visto como o poder judicial de disposição, gerado pela carência estrutural de garantias normativas e pelo conseqüente predomínio de modelos de direito penal autoritários e substancialistas, se diferencia do poder judicial de verificação, porque se manifesta com decisões não sobre a verdade, mas sobre outros valores. Ainda que contrário à estrita legalidade e à estrita jurisdiccionada de do modelo garantista SG, este poder existe em diversa medida em todos os sistemas SI-S9, e sua referência a valores distintos da verdade vem imposta pelo dever de decidir.

Quais são estes valores distintos da verdade? São evidentemente valores *substanciais*, extra ou metajurídicos, que em sentido amplo podemos chamar de *políticos* ou *ético-políticos*. Analogamente, são espaços de *discrecionariade política* os espaços de insegurança, abertos de diversos modos pela indeterminabilidade da verdade processual. Tais espaços não dependem da vontade do juiz, mas da inexistente ou insuficiente insatisfação da regra semântica na qual, mais acima, temos identificado o princípio de legalidade estrita: quer dizer, da presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas e da conseqüente verificabilidade das denotações penais dos pressupostos das decisões. À medida que abrem incertezas insolúveis no plano cognitivo, tais carências deixam espaço ao poder de disposição, isto é, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou “políticos”. Uma vez que, como se disse, em todos os sistemas penais positivos existe sempre, ainda que em grau diverso segundo as distintas normas, algum elemento do Estado policial ou da justiça do cádi, em todos eles o poder judicial é, em diversa medida, poder de disposição, de natureza política e não só legal ou equitativa.

Estando assim as coisas, o caráter político da atividade judicial não é fruto de uma opção ideológica ou deontológica, mas uma dado de fato, ligado aos defeitos de garantias e às imperfeições estruturais, diversamente presentes em todos os ordenamentos penais positivos. Recuperemos o exemplo já dado do juízo sobre o delito de atos obscenos em lugar público, quer dizer, sobre um comportamento conotado pelo art. 529 do Código Penal italiano em termos totalmente valorativos e, portanto, privados de denotação exaustiva e exclusiva (“para os efeitos da lei penal, se consideram obscenos os atos e objetos que, segundo o sentimento comum, ofendem o pudor”). A decisão sobre se um beijo em um automóvel estacionado na rua é ou não um ato obsceno em lugar público não pode versar sobre a verdade ou sobre a falsidade jurídica de tais teses, ambas inverificáveis e irrefutáveis, mas é simplesmente uma opção valorativa *post factum*, nem verdadeira nem falsa, que depende unicamente das opiniões pessoais do juiz sobre o sentimento do pudor e sobre a publicidade do local.¹³³ O mesmo se pode dizer do “vilipêndio”, que os arts. 290, 291 e 402 do Código Penal italiano definem tautologicamente como o ato de “alguém vilipendiar”.^{NT4} Neste caso, à insegurança que deriva da falta de significado extensivo das palavras empregadas na lei se acrescenta a originada pela possibilidade de que a esta e à norma constitucional que sanciona a liberdade de manifestação de pensamento se reconheça a existência de uma antinomia. Quando se depare com tal antinomia (e tal opinião, como se verá, é sempre subjetiva), o juiz tem a obrigação, em um ordenamento com uma Constituição rígida como é o italiano, não já de obedecer a lei, mas, ao contrá-

rio, de censurá-la, opondo sua inconstitucionalidade; portanto, é inclusive duvidoso que em tal caso exista uma norma válida sobre o vilipêndio, à qual o juiz deva considera-se submetido e que valha como referência semântica da verdade jurídica.¹³⁴

Está claro que na presença de normas como as agora mencionadas – de significado indeterminado e antinômicas a normas superiores – não é possível a inferência dedutiva que constitui o segundo dos três silogismos nos quais temos articulado a aplicação da lei em um sistema de estrita legalidade. Da definição legal de “obsceno” como o “ato de quem ofende o sentimento comum do pudor” e da tese fática “Tício e Caia se beijaram” não se pode inferir que os mesmos “tenham (ou não tenham) cometido um ato obsceno”, senão incluindo entre as premissas também a tese “o beijo ofende (ou não ofende) o sentimento comum de pudor”, que é um juízo de valor exigido do juiz, não extraível da lei e de nenhum modo verificável nem refutável. Com maior razão, não é possível deduzir da norma de nosso código que pune “qualquer um que vilipendie publicamente o governo” e da tese de fato “Tício disse publicamente ‘governo ladrão’, a propósito da política econômica do Estado” a conclusão jurídica de que Tício cometeu um “vilipêndio” e não uma lícita manifestação de pensamento, senão incluindo entre as premissas a dupla opinião política – também extralegal e incontroleável – de que, apesar da Constituição, a liberdade de pensamento não pode ser exercida com palavras simples e cruas como “ladrão”, e que tais palavras são “vilipendiosas”. Conseqüentemente, ao ser impossível uma motivação cognitiva, não existe nestes casos a possibilidade material, antes inclusive que o dever jurídico, da submissão do juiz somente à lei. Em tais casos, o juiz é *autônomo* no sentido de que, em contraste com o princípio da estrita legalidade, integra *post factum* a previsão legal do fato, mediante opções discricionárias não suscetíveis de controles de verdade nem, portanto, de legalidade.

O *poder judicial de disposição* consiste precisamente nesta “autonomia” do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária. Tal poder pode ser absoluto, como nos regimes policiais e na justiça do cádi, onde seu exercício não está vinculado à comprovação de nenhuma condição legalmente preestabelecida ou, então, relativo, como em todos os casos nos quais a regra semântica da estrita legalidade só não é satisfeita em certa medida. Está claro que, no primeiro caso, dissolve e, no segundo, debilita não apenas as garantias penais exigidas pela estrita legalidade, mas também aquelas processuais exigidas pela estrita jurisdiccionariedade: na realidade, acusações como as de “obsceno”, “subversivo” ou “inimigo do povo” – ou inclusive “ultraje”, “desacato”, “plágio”, “atentado” e similares – não só impedem a verificação, mas também a defesa, pois equivalem a caixas vazias ou semivazias, preenchidas potestativamente pelo juiz ao teor de juízos *constitutivos* e não simplesmente *declarativos* dos tipos puníveis.

Dáí segue – nos modernos ordenamentos democráticos caracterizáveis como “Estados de direito” – uma *ilegitimidade política* estrutural do poder de disposição do juiz e das decisões nas quais se expressa. Em tais ordenamentos, com efeito, o poder de disposição está reservado preventivamente à lei. O poder judicial está legitimado como poder separado e independente dos demais poderes somente enquanto lhe esteja recomendada a verificação e a conotação dos fatos penalmente denotados pela lei, conforme conotações taxativas de seus elementos constitutivos. Além disso – em ordenamentos como o italiano, nos quais a estrita legalidade, a submissão do juiz à lei e as demais garantias estão prescritas por normas constitucionais de nível superior – o poder judicial de disposição está afetado por uma *ilegitimidade jurídica* não menos estrutural. Precisamente, o poder de denotação

jurídica que o legislador delega ao juiz mediante a estipulação de uma língua legal indeterminada assinala um vício de invalidez das leis, por defeito de estrita legalidade. Por sua vez, o poder de denotação fática que o juiz se arroga, mediante o uso de uma linguagem judicial indeterminada, assinala um vício de invalidez dos pronunciamentos judiciais por defeito de estrita jurisdicionariedade.¹³⁵

3. Os princípios gerais do direito como critérios de orientação do poder de disposição

O poder judicial, à medida que também é poder de disposição, é, assim, nos sistemas positivos constitucionalmente baseados nos princípios de estrita legalidade e de estrita jurisdicionariedade, estruturalmente ilegítimo. Veremos, no curso deste livro, que esta ilegitimidade estrutural é em certa medida fisiológica no moderno Estado de direito, onde caracteriza não só o poder judicial, senão em geral todos os poderes legitimados de acordo com valores – a democracia, a liberdade, a satisfação de necessidades primárias e similares – sancionados constitucionalmente, mas destinados, quanto mais altos e difíceis, a não serem nunca perfeitamente satisfeitos. Mas é particularmente visível no ordenamento penal italiano, onde a separação entre normatividade dos princípios e efetividade da prática tem alcançado dimensões patológicas. O que importa agora sublinhar é que uma ilegitimidade semelhante – como estabeleceu o art. 4 do Código de Napoleão por meio da proibição do *juízo non liquet* pela obscuridade ou insuficiência do texto legislativo¹³⁶ – não exonera o juiz do dever e da responsabilidade das decisões. Esta é uma aporia intrínseca à estrutura dos sistemas penais positivos sobre a qual voltarei mais vezes: o dever jurídico de decidir, seja ilegitimamente ou com legitimidade reduzida, como fundamento efetivo da legitimidade relativa (à lei, ainda que não aos princípios constitucionais) do poder judicial de disposição.

Esta aporia pode ser atenuada, ainda que não eliminada. O fato de que as decisões penais, mediante as quais se exerce o poder de disposição, não versem sobre a verdade processual, não quer dizer que não devam ou não possam ser justificadas. Quer dizer somente que são motiváveis não já mediante afirmações cognitivas, suscetíveis de verificação e refutação, mas só ou predominantemente com *juízos de valor*, não vinculados, enquanto tais, a previsões legais taxativas. Mas também os juízos de valor são suscetíveis de argumentação e de controle conforme *critérios pragmáticos de aceitação*. Estes critérios não são mais do que *princípios gerais* do ordenamento, isto é, princípios políticos expressamente enunciados nas constituições e nas leis ou implícitos e extraíveis mediante elaboração doutrinal.¹³⁷ Alguns deles são os mesmos que presidem o exercício do poder de verificação, quer dizer, as decisões sobre a verdade processual com as quais se resolvem as incertezas criadas pelos defeitos de denotação dos tipos legais, tais como, por exemplo, o critério do *favor rei* e seu corolário *in dubio pro reo*, o da (relativa) coerência com os precedentes jurisdicionais e, portanto, da paridade de tratamento em casos (relativamente) iguais, além de todos, evidentemente, os princípios garantistas estabelecidos em nosso sistema SG nos limites nos quais são praticáveis. Outros são os mesmos que informam o exercício do poder equitativo de valoração das conotações particulares dos fatos denotados na lei, como o respeito à pessoa humana, o favor devido aos sujeitos socialmente mais fracos, a relevância associada à efetividade de suas condições materiais. Outros, enfim, são especificamente relativos ao poder de disposição, como os princípios de igualdade e de liberdade no sentido não apenas formal, mas também substancial, expresso pelo art. 3, parágrafo 2.º, da Constituição italiana, o critério da intervenção mí-

nima e da pena mínima necessária e, além disso, os valores culturais mencionados pela lei que fazem referência aos usos sociais e às suas variações históricas e ambientais.

Naturalmente, ainda que dotados de valor normativo, os princípios gerais utilizados como critérios para argumentar o exercício do poder de disposição não têm mais do que uma capacidade extremamente debilitada de vinculação das decisões. Na realidade, operam não (como critérios de decisão) sobre a verdade ou sobre a equidade, isto é, sobre a correspondência empírica, ainda que só aproximativa, entre as motivações aceitas e os fatos e as leis, senão diretamente como (critérios de decisão sobre) valores de justiça substancial, não definíveis em abstrato e, em certas ocasiões, incompatíveis entre si. Exigem, portanto, escolhas e valorações irreduzivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juízes. Precisamente, esta responsabilidade, ligada imediatamente aos valores de justiça substancial, expressos pelos princípios gerais, representa, contudo, um fator de racionalização do poder de disposição e de limitação do arbítrio em outro caso a ele associado. A função específica dos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada. Pode-se, inclusive, dizer que um sistema penal será tanto mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quanto mais esteja em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial, em particular o de disposição. Uma vez que os princípios gerais são construções doutrinárias, elaboradas sobre normas ou sistemas de normas,¹³⁸ a riqueza de princípios de um ordenamento está determinada não apenas pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, mas também pelo trabalho científico e jurisprudencial realizado sobre ele pelos juristas.

Resulta, assim, completamente fundada a crítica à idéia de uma perfeita neutralidade do juiz e do jurista, formulada anos passados, sobretudo na Itália, pelos setores progressistas da cultura jurídica. Ainda que um sistema penal adira normativamente ao modelo cognitivo e garantista – e veremos quanto não o é o italiano –, jamais será de fato um sistema fechado e exigirá sempre, para seu funcionamento prático, heterointegrações remetidas à autonomia e à discricionariedade do intérprete. Ao realizar as escolhas impostas por estes espaços de discricionariedade, o juiz em particular jamais será neutro, se não se entender por “neutralidade” apenas sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses concretos da causa, mas uma impossível ausência de valorações ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor. Se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo seja o poder judicial de disposição, será, quando menos, condição de seu controle e autocontrole, se não cognitivo, pelo menos político e moral, que aquelas sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríicas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias.

O reconhecimento dos espaços existentes de poder dispositivo e discricionário que viciam a função judicial, o ônus de argumentar seus modos de exercício mediante princípios e sua exposição a controle público, assim, não só não contradizem o modelo de direito penal mínimo, mas constituem parte integrante dele. A repulsa do caráter político do juízo é, com efeito, fruto de um equívoco: confunde os espaços estruturais de arbítrio, deixados em aberto no ordenamento pela carência de garantias, com o débil remédio oposto diante deles. Na realidade, o que é ilegítimo, pois altera a jurisdição em sentido político-administrativo, é o poder de disposição, gerado pela colocação substancialista e decisionista do sistema e não,

sem dúvida, os argumentos políticos ou substancialistas com os quais é exercido e controlado. Sob este aspecto, ainda perseguindo a fundamentação do poder judicial com bases o mais cognitivistas possível e sua redução aos estritos poderes de verificação e de conotação, o garantismo não tem nada que ver com o legalismo e o liberalismo. Pelo contrário, inclui a crítica à ideologia mecanicista da aplicação da lei. Com efeito, porque em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral.

4. Programa de uma filosofia analítica do garantismo penal

A alternativa entre cognitivismo e anticognitivismo jurídico, com base na qual dividi, no começo, a cultura e a prática penal entre orientações garantistas e orientações decisionistas, apresenta uma singular assimetria em relação à alternativa análoga entre cognitivismo e anticognitivismo ético. O cognitivismo penal, contrariamente ao cognitivismo ético, exige um modelo de estrita legalidade, quer dizer, a predeterminação convencionalista ou relativista das hipóteses de delito, idônea para fazê-las verificáveis e refutáveis em um julgamento, mediante provas e desmentidos. Por sua vez, o anticognitivismo ou decisionismo penal, ao contrário do anticognitivismo ético, é solidário com modelos de legalidade atenuada, que deixam margem ao poder judicial de disposição e, portanto, a critérios subjetivistas e substancialistas de ética realística ou cognitiva.

Ver-se-á, ademais, nos próximos capítulos, que na história do pensamento e das instituições penais o cognitivismo jurídico tem estado associado, quase sempre, ao anticognitivismo ético, enquanto o decisionismo jurídico tem estado associado, quase sempre, ao cognitivismo ético-político. Poder-se-á traçar uma contraposição entre orientações garantistas e orientações autoritárias com base nestes dois pares de atitudes acerca do direito e da moral, que, ademais, correspondem, em grandes traços, um, à idéia da separação e, o outro, à da confusão entre as duas esferas. Bastam dois exemplos: a tradição iluminista italiana, de Beccaria e Filangieri a Pagano e Romagnosi, é cognitivista no direito até o ponto de conceber o juízo como aplicação mecânica da lei, precisamente porque é anticognitivista na ética, no sentido de que está concorde em considerar a total relatividade e arbitrariedade das noções de vício e de virtude e, portanto, em excluir que, fora das convenções legais, se possa encontrar algum critério de juízo relativamente objetivo ou certo.¹³⁹ De modo inverso, a Escola Positiva de direito penal é decisionista e anticognitiva em direito, até o ponto de propugnar por critérios de identificação dos réus por mera perigosidade social, em vez de pela culpabilidade por fatos determinados pela lei como delitos, precisamente porque é cognitiva na concepção extralegal do desvio, baseada nas conhecidas representações do delinquentes natural e do delito natural.¹⁴⁰ Mas em geral, quando fizermos a resenha das doutrinas do delito, da pena e do processo, poderemos registrar uma constante contraposição entre orientações formalistas, que são ao mesmo tempo cognitivas em direito e anticognitivas ou relativistas na ética, e orientações substancialistas, que repelem o cognitivismo jurídico em favor de esquemas de identificação do desvio, imediatamente éticos, sociológicos, naturalistas ou políticos e, em todo caso, amplamente independentes de qualificações jurídicas preventivas.

Está claro que as duas orientações filosóficas refletem não apenas escolhas ideológicas opostas, mas também modelos opostos de direito penal. Atitudes ideológicas jurídico-cognitivas tendem de fato a promover – pense-se só no peso da tradição iluminista na

codificação penal – sistemas jurídicos baseados na legalidade estrita e, portanto, idôneos para fundamentar uma jurisdição como atividade tendencialmente cognitiva, enquanto são impraticáveis ou escassamente praticáveis em ordenamentos desprovidos de estrita legalidade. De modo inverso, atitudes anticognitivas ou decisionistas tendem a promover sistemas penais baseados em esquemas de legalidade atenuada – pense-se no peso da Escola Positiva na elaboração da figura da perigosidade e todo o sistema das medidas de prevenção e segurança –, enquanto são tendencialmente precluídos como ilegítimos nos ordenamentos que, em nível constitucional, incorporam o princípio da estrita legalidade penal.

Dáí segue um papel prático de grande relevo para uma filosofia analítica do direito penal. Este papel consiste essencialmente na análise teórica dos possíveis modelos de legalidade e de jurisdicionariedade, além de na crítica dos sistemas legislativos e judiciários dos ordenamentos concretos, com vistas ao desenvolvimento de uma técnica e de uma ciência da jurisprudência. Onde “ciência” – obviamente normativa – quer dizer também projeção de modelos normativos *de lege ferenda* e de *sententia ferenda*, de acordo com os critérios de legitimação política pré-selecionados e com os de legitimação jurídica estabelecidos.

Mais exatamente, dentro de uma perspectiva garantista, identificarei cinco tarefas que um sistema penal positivo, com suas carências e suas aporias, abre a uma filosofia analítica do garantismo penal: 1) a elaboração, de *jure condendo*, de técnicas de formação das linguagens legal e jurisdicional capazes de satisfazer em grau máximo, para além das ingênuas ilusões da filosofia penal iluminista, as regras semânticas com as quais caracterizamos os princípios de estrita legalidade e jurisdicionariedade; 2) o esclarecimento das condições e dos procedimentos que permitam, sem formalismos inúteis, a verificação processual e a compreensão equitativa; 3) o desenvolvimento no plano teórico-político de critérios pragmáticos idôneos a limitar e disciplinar a heterointegração potestativa do ordenamento, mediante aquela que no parágrafo 26.4 chamarei de “incorporação limitativa” de valores e de princípios gerais; 4) a crítica externa e interna das leis e das decisões judiciais, conforme suas fontes de legitimação e de deslegitimação política e jurídico-constitucional; 5) a análise de todos os espaços de discricionariedade que caracterizam o juízo penal, com o fim de submetê-los às formas de argumentação racional, próprias dos juízos de valor e de expô-los à responsabilidade política e ao controle público.

Está claro que ao falar de tarefas semelhantes, assinalamos à filosofia analítica do direito penal uma função prescritiva, de acordo com uma opção liberal-garantista em favor dos valores da certeza do direito, da tutela dos direitos contra o arbítrio e da controlabilidade jurídica da validade das decisões judiciais, que são ademais os postulados do moderno Estado de direito. São afirmativas, contudo, no sentido e nos limites em que possa sê-lo um discurso teórico, as teses epistemológicas sobre o juízo penal sobre as quais tal opção resulta motivada: por exemplo, a tese de que, por defeito de denotação, da proposição judicial “tal ato é obsceno”, não são predicáveis nem a verdade nem a falsidade. Que, depois, proposições judiciais deste caráter sejam ou não conformes com o princípio de estrita legalidade depende, por sua vez, da aceitação da redefinição teórica aqui proposta – que, como todas as redefinições, inclui uma prescrição – da estrita legalidade, como regra semântica excludente de conceitos legais carentes de denotação, por ser prescritiva da verificabilidade das teses nas quais estes são predicados. Por outra parte, prescrições e opções de diferentes tipos estão implícitas também em interpretações mais elásticas do mesmo princípio, idôneas para legitimar a proposição judicial acima exemplificada. Isso

quer dizer que todas as interpretações de princípios normativos têm, por sua vez, caráter normativo; e confirma que os modelos de direito penal mínimo ou garantista e de direito penal máximo ou autoritário incluem sempre doutrinas e atitudes político-culturais acordes com eles, na ordem de justificação do direito penal.

Na segunda e na terceira parte deste livro discutirei analiticamente as diversas teorias e culturas jurídico-filosóficas que respaldam estes dois modelos e os intermediários. Estas teorias têm sido concebidas quase sempre como doutrinas de justificação, não deste ou daquele modelo de direito penal, mas do direito penal e da pena em geral. Por isso, amiúde, nos estudos de teoria e de filosofia do direito penal, sua discussão precede (ou até chega a substituir) a dos diversos modelos de direito penal, aos quais servem de fundamento. Neste livro considerarei oportuno seguir o caminho oposto. A análise teórica dos possíveis sistemas penais até aqui desenvolvida é, na realidade, um pressuposto necessário da discussão em torno da justificação do direito penal e de seus conteúdos, assim como da valoração das respectivas doutrinas, as quais, salvo aquelas radicalmente abolicionistas, justificam de fato, conforme as diversas concepções propostas da função da pena e das proibições penais, não a pena ou o direito penal em geral, mas – como se verá – este ou aquele modelo de direito penal, mínimo, máximo ou intermediário. Assim, por exemplo, as doutrinas substancialistas do delito e as doutrinas éticas e pedagógicas da pena costumam seguir unidas a modelos de direito penal máximo, ainda que não necessariamente no sentido inverso; por sua parte, o modelo garantista do direito penal mínimo pressupõe doutrinas formalistas do delito e concepções utilitárias da função da pena e das proibições penais, ainda que não necessariamente no sentido inverso. Estes nexos entre doutrinas filosóficas da justificação do direito penal e modelos ou sistemas normativos de direito penal são os que conferem relevância prática às primeiras e os que serão analisados agora.

NOTAS

⁽¹⁾ T. Hobbes, *De cive*, cit., XVIII, 4; p. 377.

⁽²⁾ G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. it. de L. Geymonat e C. Mangione, *Senso e significato*, *Logica e aritmetica*, Boringhieri, Torino, 1965, p. 374-404.

⁽³⁾ W. V. O. Quine, *Methods of logic* (1959), trad. italiana de M. Pacifico, *Manuale di logica*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 90-91. Sobre a teoria extensiva do significado, veja-se também R. Carnap, *Meaning and necessity*, 1947, trad. it. de A. Berra, *Significato e necessità*, La nuova Italia, Firenze, 1976; W. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 21-24.

⁽⁴⁾ Ainda menos precisa é a formulação deste princípio por parte do art. 25, § 2.º, da Constituição italiana: “Ninguém pode ser punido, senão como consequência de uma lei que tenha entrado em vigor antes do cometimento do fato”. É conveniente precisar que o princípio da legalidade é apenas uma das possíveis técnicas, ainda que, evidentemente, a mais importante para assegurar a determinabilidade e, portanto, a verificabilidade do tema da decisão. Como veremos mais adiante (*infra*, notas 38-41 e 48), a retórica clássica – de Hermágoras, Cícero e medieval – elaborou com tal fim a teoria dos *status* (e depois das *posições*), que não eram mais do que os temas ou as questões *relevantes*, predeterminadas para a controvérsia pela *constitutio causae*, à qual deviam estar circunscritos tanto o juízo quanto a atividade probatória e argumentativa das partes. É interessante, a propósito, uma passagem de Aristóteles, *Retórica*, cit. I, 1, 1355a, p. 3-4, onde, pela primeira vez, se assinala à lei a função de circunscrever e definir o objeto do juízo: “Em muitos lugares, como disse antes, a lei impede falar fora da questão”.

⁽⁵⁾ Sobre a noção de fato como “conceito proposicional”, “sentido” ou “intensão” de uma proposição verdadeira, cf. R. Carnap, *ob. cit.*, p. 55 e ss. É evidente que, quando falamos de “extensão” ou “denotação”, não nos referimos às normas que, enquanto tais, careçam de valor de verdade, senão aos

termos predicativos dos quais as normas ditam as regras de uso, e às afirmações judiciais em que aqueles são usados como predicados dos fatos por eles denotados. Igualmente evidente é, contudo, que o fato de que um termo esteja contido em um enunciado normativo não impede que tenha ou deva ter – segundo a reformulação aqui evidenciada do princípio de legalidade estrita – uma referência empírica determinada, de forma que sejam verificáveis as afirmações judiciais nas quais ele é predicado. Sobre o problema da “referência empírica” dos termos extralógicos da linguagem legal, entendido – segundo uma concepção excessivamente estrita, tipicamente própria do primeiro neopositivismo – como problema de sua “reducibilidade aos termos da linguagem-objeto”, que designam propriedades determináveis mediante a “observação direta”, cf. U. Scarpelli, *La définition en droit* (1958), in idem, *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, 1976, p. 184 e ss.; idem, *Contributi alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959, p. 82. Veja-se também, sobre o tema, H. L. A. Hart, *Definition and theory in jurisprudence* (1952), trad. italiana de V. Frosini, in *Contributi all'analisi di diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 37-80; A. Ross, *Definition in legal language* (1958), trad. it. de M. Jori, in U. Scarpelli (org.), ob. cit., p. 199-214.

⁽⁶⁾ Desenvolvi esta noção do princípio de estrita legalidade in *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, cit., p. 11 e ss.

⁽⁷⁾ Recordem-se as passagens sobre a aplicação mecânica da lei e contra a interpretação, coletadas nas notas 16 e 24 do cap. I.

⁽⁸⁾ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XIV, p. 35. A passagem prossegue assim: “Se buscar as provas de um delito requer habilidade e destreza, se ao apresentar o que dele resulta são necessárias clareza e precisão, para julgar o próprio resultado não se requer mais do que um simples e ordinário bom senso, menos falaz que o saber de um juiz acostumado a querer encontrar réus, e que tudo reduz a um sistema de antolhos recebidos de seus estudos”. Ainda mais explicitamente, Pietro Verri pedia ao juiz a “verificação dos fatos: deve encontrar a verdade e procurá-la com cuidado, e conhecer bem como a coisa é; e feito isso, a lei faz o resto, quer dizer, manda como deve ser” (*Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 170). De “exata verificação do fato criminoso”, como garantia dos “denunciados”, que exigem não ser condenados senão apenas “quando se estabeleça sua culpa”, falará também F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., vol. I, p. 16.

⁽⁹⁾ *Leviatano*, cit., XXX, p. 287-288: “Uma boa lei é aquela que seja necessária para o bem do povo, e, além disso, clara e inequívoca... feita para o bem do povo e ao mesmo tempo clara... a lei será melhor entendida com poucas palavras do que com muitas. Pois todas as palavras estão sujeitas à ambigüidade e, portanto, a multiplicação de palavras no corpo da lei é uma multiplicação da ambigüidade... Pertence, portanto, ao ofício de um legislador... fazer o corpo da lei mesma em termos tão breves, mas tão próprios quanto seja possível”. O mesmo Hobbes, contudo, oscila entre o critério da brevidade e o da precisão: “As leis escritas, se são breves, podem ser facilmente mal interpretadas, devido à diversidade de significados que podem ser dados a uma ou a duas palavras; e se são leis extensas, serão ainda mais obscuras, devido à diversidade de significados que podem ser dados a muitas palavras” (ibidem, XXVI, p. 226-227).

⁽¹⁰⁾ Montesquieu dedica todo um capítulo de *L'esprit* aos princípios que devem ser observados “para a elaboração das leis”: “Seu estilo deve ser conciso. As leis das Doze Tábuas são um modelo de precisão; as crianças as apreendiam de cor... O estilo das leis deve ser simples... É essencial que as palavras das leis suscitem as mesmas idéias em todos os homens... Depois que forem bem fixadas as idéias das coisas em uma lei, não há que explicá-las por meio de outras expressões vagas... As leis não devem ser sutis, pois foram feitas para gentes de entendimento mediano. Não constituem uma parte da lógica, mas o argumento simples de um pai de família” (ob. cit., XXIX, 16, p. 876-878).

⁽¹¹⁾ “Que toda lei seja clara, uniforme e precisa: interpretá-la é quase sempre corrompê-la” (Voltaire, *Lois civiles et ecclésiastiques*, *Dictionnaire philosophique* (1769), org. por R. Naves, Garnier, Paris, 1967, p. 290).

⁽¹²⁾ “Esse é o meio pelo qual, com umas poucas leis claras e simples e, inclusive, com poucos juízes, a justiça pode ser bem administrada... É necessário fazer três códigos: um político, outro civil e outro penal. Os três claros, breves e precisos quanto seja possível” (J. J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1772), in *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1964, vol. III, p. 1000-1001).

⁽¹³⁾ “Ou a lei fala claro e, então, o magistrado não a pode alterar; ou a lei é tão obscura que a ambigüidade do sentido daria lugar ao arbítrio e, então, ao ter que recorrer à autoridade suprema, o magistrado não pode fazer outra coisa que deduzir a sentença da interpretação expressa que dela dará o soberano” (G. Filangieri, *Riflessioni politiche*, cit., p. 389).

⁽¹⁴⁾ J. Bentham, *Vue generale d'un corps complet de législations*, cap. XXXII, in *Traité de législations civile et pénale*, publicados em Paris em 1802 por E. Dumont, in *Oeuvres*, cit., tomo I, p. 339: “O fim das leis é o de disciplinar a conduta dos cidadãos, e para que isto se verifique são necessárias duas coisas: 1) que a lei seja clara, isto é, que ofereça ao entendimento uma idéia que represente exatamente a vontade do legislador; 2) que a lei seja concisa, para que se fixe facilmente na memória. *Clareza e brevidade* são, assim, as duas qualidades essenciais”. Cf., ibidem, p. 339-342, o cap. XXXIII, intitulado “Do estilo das leis”.

⁽¹⁵⁾ “Se for estabelecido um tipo de jurisprudência uniforme e simples, disto resultará que os homens de lei perderão a vantagem de possuir exclusivamente o conhecimento das formas; que todos os homens que saibam ler serão igualmente hábeis para essa matéria; e é difícil imaginar que esta igualdade possa ser vista como um mal... Quanto mais simples seja a legislação de um Estado, melhor governado estará” (M. Condorcet, *Observations sur le vingt-neuvième livre de L'Esprit de lois* (1782), in *Oeuvres*, cit., cap. XVIII-XIX, p. 379 e 381). Para realizar a simplicidade e a clareza, Condorcet exige a definição legislativa dos termos equívocos e a não contradição das leis (ibidem, p. 384 e ss.).

⁽¹⁶⁾ “As leis prolixas são calamidades públicas (...). É necessário que haja poucas leis. Ali onde há tantas, o povo é escravo (...). Aquele que dá ao povo leis em demasia é um tirano” (Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines, ouvrage posthume de Saint-Just* (1800), trad. it. de G. Procacci, *Frammenti sulle istituzioni repubblicane seguito da testi inediti*, org. A. Soboul, Einaudi, Torino, 1952, p. 45). O art. 19, título II, da lei francesa sobre a organização judiciária de 16.08.1790 estabeleceu: “As leis civis serão revistas e reformadas pelos legisladores e se fará um código geral de leis simples, claras e conformes com a Constituição”.

⁽¹⁷⁾ H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals* (1958), trad. it. in *Contributi*, cit., p. 129. Hart dá o seguinte exemplo: “Uma norma jurídica proíbe introduzir um veículo em um parque público. Esta proibição diz respeito claramente a um automóvel, mas o que ocorre com as bicicletas, os patins, os carros de brinquedo? E com os aviões? Devem ou não ser considerados veículos para os fins da regra?”. Em casos semelhantes, diz Hart, “quem classifica tem que adotar uma decisão que não lhe seja imposta, porque os fatos e os fenômenos aos quais conformamos nossas palavras e aos quais aplicamos nossas regras são, como se diz, mudos. O automóvel de brinquedo não pode falar e dizer: ‘Eu não sou um veículo para os fins desta regra jurídica’; nem os patins podem dizer em coro: ‘Nós não somos um veículo’. As situações de fato não nos aguardam nitidamente rotuladas e afixadas; sua classificação não está nelas escrita para que os juízes simplesmente as leiam. Pelo contrário, ao aplicar as regras jurídicas, alguém deve assumir a responsabilidade de dizer que as palavras se referem ou não a determinado caso, com todas as consequências práticas que esta decisão implicar” (ibidem, p. 128-129). Este exemplo de imprecisão das normas serve a Hart para demonstrar “o caráter aberto e incerto da linguagem jurídica” e para replicar a idéia com origem em Montesquieu do juiz “autômato” ou “máquina”: “Se todas as regras de direito devessem estar circundadas por uma penumbra de incerteza, então sua aplicação a casos específicos na área de penumbra não poderia ser matéria de dedução lógica”, senão, precisamente, de decisão. A tese mecanicista, acrescenta Hart, “estigmatizada frequentemente como erro típico do ‘formalismo’ ou do ‘literalismo’”, é um vício mental que não tem nada que ver nem com “um uso excessivo da lógica” nem com “utilizar de forma imoderada os métodos analíticos”, imerecidamente atribuídos aos juízes que a eles estão afetos: na realidade, “a lógica nada diz acerca da forma de classificar entes particulares” e no relacionamento de um juiz que pretendesse derivar a decisão no caso assinalado de uma definição geral de “veículos”, extraída, por exemplo, do código de trânsito e de tal modo af incluísse os automóveis para crianças, mas não os aviões, se encontraria “possivelmente enorme estupidez”, mas não mais nem menos lógica do que em decisões mais sensatas (ibidem, p. 130-135).

⁽¹⁸⁾ Por exemplo, se a norma exemplificada por Hart dissesse: “está proibido o acesso de veículos motorizados”, em vez de, genericamente, “de veículos”, as possibilidades de equívoco seriam muito menores e o juiz estúpido teria espaços de manobra mais estreitos. Está claro que as margens de esco-

lha são insuprimíveis e, precisamente por isso, devemos falar de “poder de verificação jurídica” ou “de denotação”. A amplitude destas margens, quer dizer, da zona de “penumbra” de que fala Hart, pode ser, contudo, maior ou menor, e a impossibilidade de suprimi-las totalmente não é uma boa razão para não tratar de reduzi-las ou, pior, para ampliá-las.

⁽¹⁹⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 12, 28.3, 37.2, 41.2 e 54.

⁽²⁰⁾ A verdade *com base no significado* é predicável com independência do conhecimento de fatos extralingüísticos e é, portanto, analítica da mesma forma que a verdade de proposições do tipo “Fidel é negro ou Fidel não é negro”. Diferentemente desta, contudo, não é uma verdade lógica, dado que apela para o significado dos termos descritivos empregados. Sobre esta diferença, cf. R. Carnap, *Significato e necessità*, cit., p. 351 e ss., e W. V. O. Quine, *Two dogmas of empiricism* (1951), trad. it., *Problema del significato*, cit., 2, p. 20-44.

⁽²¹⁾ As redefinições judiciais dos pressupostos típicos penais costumam ser de fato não menos vagas e valorativas que as legais. Cf., por exemplo, as redefinições do “beijo obsceno”, tão extensas quanto arbitrárias, fornecidas pelo Supremo Tribunal (*infra*, nota 133).

⁽²²⁾ D. Hume, *Trattato della natura umana*, cit., liv. I, parte III, seção XIV, p. 169 e ss.; idem, *Ricerche sull'intelletto umano e sui principi della morale*, cit., I, seção IV e VII, p. 31 e ss. e 64 e ss.

⁽²³⁾ Esta distinção entre provas e indícios se afasta da habitual, que identifica os indícios com os fatos probatórios naturais e as provas com os chamados *artificiais* (F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 875) e, ainda mais, da vulgar e corrente – que reproduz a distinção medieval entre *probatio plena* e *probatio semiplena* –, segundo a qual os indícios seriam provas dotadas de insuficiente probabilidade, ou porque escassamente confiáveis, ou porque escassamente relevantes. A noção geral de prova como “fato supostamente verdadeiro e que se presume dever servir de motivo de confiabilidade sobre a existência de outro fato” é de Jeremy Bentham, *Traité de preuves*, cit., liv. I, cap. IV, p. 244-245. Francisco Maria Pagano a faz remontar a Cícero: “O indício ou argumento é definido por Cícero como *conclusão de algo desconhecido, a partir de algo conhecido*... Nas questões de fato, o indício é um *fato conhecido que demonstra o conhecido*” (*La logica dei probabili*, cit., III, p. 7). Uma definição análoga está contida no art. 2727 do cCódigo civil italiano, segundo o qual as provas (ou as presunções) são “as conseqüências que a lei ou o juiz extrai de um fato conhecido para obter um fato ignorado”. Alessandro Giuliani, por sua vez, contrapôs esta concepção da prova como indução, que chama de “moderna”, à concepção “clássica” da prova como *argumentum*, elaborada pela tradição retórica greco-romana e expressada pela conhecida definição de Cícero, *Topica*, II, 8: “Itaque licet definire... argumentum rationem, quae rei dubiae faciat fidem” (Il concetto classico di prova come “argumentum”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, t. XVI, *La preuve (antiquité)*, 1965, p. 358; idem, *Il concetto di prova*, cit., p. 95 e ss., 237-249; idem, *Prova*, cit.). Esta contraposição me parece injustificada. Depende da falsa idéia – ligada, por sua vez, à confusão ressaltada no parágrafo 5 entre significado e critérios de “verdade (provável)” – de que o modelo epistemológico da indução exige uma concepção objetiva, estatística ou quantitativa dos critérios de aceitação da verdade provável. Cf., *infra*, o parágrafo 7 e a nota 78.

⁽²⁴⁾ Veja-se a passagem de Pagano reproduzida na nota 62 do capítulo 1.

⁽²⁵⁾ A diferença entre provas diretas e provas indiretas é de J. Bentham, *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. V, p. 246: uma prova é “direta se imediatamente ligada ao fato que se quer provar; indireta se não o é”. Às vezes coincide com a diferença entre “provas” e “indícios” (por exemplo, G. Bellavista, Indizi, em *Enciclopedia del diritto*, cit., XXI, p. 225). Na realidade, se forem excluídos os delitos cometidos durante a audiência, onde o fato probatório se identifica com o fato que se deve provar, as *provas diretas* não existem.

⁽²⁶⁾ F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., VI, p. 16.

⁽²⁷⁾ A diferença, de natureza epistemológica antes que jurídica, entre provas legais positivas e provas legais negativas – as primeiras suficientes, as segundas necessárias para a condenação – será esclarecida no item 7. Trata-se de uma diferença teórica essencial, ainda que na prática as provas legais sejam, frequentemente, concebidas como conjuntamente necessárias (ou negativas) e suficientes (ou positivas).

⁽²⁸⁾ As primeiras estimativas doutrinárias do valor das provas se encontram já, nos séculos XIII e XIV, em Azón, Guilherme Durante, Guido de Suzaria, Alberto de Gante, Bartolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldis. Mas a elaboração de verdadeiras tarifas legais das provas e, por sua vez, de compli-

cados sistemas de comparação, adição e subtração dos indícios, foi desenvolvida somente nos séculos XVI e XVII, por obra de tratadistas como Jacopo Menochio, Giuseppe Mascardo, Giulio Claro, Prospero Farinacci, Benedikt Carpzov, Giovan Battista De Luca e Cristoforo Crusio. Recordem-se, em particular, os seis volumosos livros de Menochio (*De presumptionibus, conjeturis, signis et indiciis commentaria*, sumptibus S. Ciprini, Coloniae Allobrogum 1614), nos quais se desenvolve um complicadíssimo sistema de tipos e graus de presunções legais; os três colossais volumes em folhas de caderno de Mascardo (*Conclusiones probationum omnium*, apud Damianum Zenarium, Venetiis, 1584), onde para cada delito concreto se indicam não só os diversos tipos de prova e de indícios, senão ainda o modo de somá-los e subtraí-los; além do imenso *Tractatus de indiciis delictorum ex jure publico et privato*, vol. 4, sumptibus J. G. Seyleri, Francofurti, 1668, do alemão Crusio, que para cada delito indica 110 indícios gerais e outros tantos indícios especiais e formula os respectivos cálculos de probabilidade. Ainda no século XVIII, classificações analíticas das provas, segundo o grau de força probatória – dos testemunhos concordantes com a voz pública, das conjecturas, das expressões do rosto do acusado durante o interrogatório – são oferecidas por P. F. Muyarte De Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Le Breton, Paris, 1757, p. 345 e ss., e por D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Debure Père, Paris, 1771, I, p. 660 e ss.

⁽²⁹⁾ Alessandro Giuliani situa o nascimento do sistema das provas legais e do processo inquisitivo em torno de 1250, quando começa o declínio da tradição retórica e intervém uma alteração, no sentido objetivista e absolutista, na concepção da verdade processual (*Il concetto di prova*, cit., p. 156 e ss., 184 e ss., 231 e ss.; idem, *Prova*, cit., p. 537). O sistema, elaborado sobretudo por obra dos canonistas, foi recepcionado em toda a Europa, com as únicas exceções da Inglaterra e da República de Veneza, alcançando seu máximo desenvolvimento na época da Contra-Reforma. Cf. N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Mansi, Livorno, 1843, p. 328 e ss.; G. Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. del Giudice, *Storia del diritto italiano*, Hoepli, Milano, 1927, vol. III, parte II, p. 465 e ss.; C. Furno, *La teoria della prova legale*, cit.; U. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. II, cap. VI; J. P. Levy, *La hiérarchie des preuves dans les droits savants du Moyen âge*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, tomo XVII, *La preuve (Moyen âge et temps modernes)*, 1964, p. 137-167; idem, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, ibidem, p. 9-70; P. de Lalla, *Logica delle prove penali*, Jovene, Napoli, 1973, p. 102-137; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 101-119; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, p. 555-568; G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena, la crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Napoli, 1979. Veja-se, além disso, a literatura sobre o processo inquisitivo entre os séculos XIII e XVIII indicada *infra* nos parágrafos 39-41. Contudo, deve-se recordar que o valor de prova legal do depoimento de duas ou mais testemunhas concordantes – estabelecido tanto no sentido positivo (ou suficiente) quanto negativo (ou necessário) na *Constitutio criminalis* de Carlos V, de 1532, e na *Ordonnance criminelle* de Luís XIV, de 1670 – já era conhecido pelo direito romano (D. 22.5.12 e, só no sentido negativo, CI. 4.20.9) e inclusive, somente no sentido negativo, pelo direito hebraico: “Se alguém mata outrem, dar-se-á a morte do homicida depois do depoimento de testemunhas; mas uma única testemunha não será suficiente contra ninguém, qualquer que seja o delito ou o pecado que tenha cometido; o fato será estabelecido sobre o depoimento de duas ou mais testemunhas” (*Deuterônômio*, 19, 15).

⁽³⁰⁾ Nas provas irracionais e tipicamente nos juízos de ordálias, pena e processo se identificavam no sentido de que o resultado da contenda era, ao mesmo tempo, prova de culpabilidade e pena, ou bem prova de inocência e subtração à pena. Sobre este tipo de juízos, veja-se F. Patetta, *Le ordalie*, Bocca, Torino, 1890, que documenta sua presença, além de entre os povos primitivos (p. 37 e ss.), entre os antigos egípcios, os assírios, os babilônios, os judeus, os gregos, os celtas, os eslavos e os povos germânicos (p. 164 e ss.). Uma forma típica de juízo de Deus é a sancionada pela lei bíblica sobre os ciúmes para provar a infidelidade da mulher casada (*Números*, 5, 11-31). Francesco Carrara recorda como o sistema das provas de ordálias foi proibido pelo quarto Concílio Lateranense de 1215, do qual nasceu o processo inquisitivo (*Programma. Parte generale*, cit., par. 914, p. 417 e ss.). Segundo Vincenzo Manzini, contudo, juízos de Deus houve na Itália (mas ainda mais na Alemanha) até o século XVI e, se bem que esporadicamente, também nos séculos sucessivos (*Trattato di diritto processuale italiano*, Utet, Torino, 1931, p. 6-9). Em seu favor se pronunciou ainda Dante Alighieri, que justificava, assim, os duelos judiciais em *De Monarchia*, II, ibidem, 9, in *Opere minori*, Ricciardi, Napoli, tomo

II, p. 409: “Ademais, como meio de prova, o juízo de Deus se revela de dois modos: por sorte e por certame; já que ‘por certame’ se disse por ‘fazer certo’”; *ibidem*, IX, 2-6, p. 417: “Isto é feito quando, por livre consentimento das partes, não movidas por ódio ou por amor, senão apenas por vivo desejo de justiça, se procura, com a mútua colisão tanto das forças da alma quanto do corpo, pedir o julgamento divino; e esta colisão de forças, precisamente porque em sua origem se usou entre homem e homem, se chama ‘duelo’... Ora, se as condições essenciais do duelo forem respeitadas (pois, de outro modo não seria duelo), não será que se tenham assim confrontado em nome de Deus aqueles que, constrangidos por necessidade de justiça, se tenham confrontado de comum acordo pelo vivo desejo de justiça? E se assim é, não estará Deus no meio deles, já que ele mesmo no-lo prometeu no Evangelho? E se Deus está presente, não será algo ímpio pensar que possa sucumbir a justiça, que ele ama do modo que acima assinalamos? E se a justiça não pode sucumbir no duelo, não se adquire por direito aquilo que se adquire por duelo?”. Sobre as provas de ordálias, cf. Montesquieu, *ob. cit.*, XXVIII, 14 e ss., p. 899 e ss.; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, *cit.*, liv. III, cap. XI, p. 395 e ss.; G. Salvio, *ob. cit.*, parte I, p. 246-307; G. Lei, *Il duelo giudiziario*, Ciolli, Firenze, 1932; H. Lévy-Bruhl, *La preuve indiciare: étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière, Paris, 1964; G. Pugliesi, *La preuve dans le procès romain de l’époque classique*, in *La preuve (antiquité)*, *cit.*, p. 277-348, agora in *Scritti giuridici scelti*, Jovene, Napoli, 1985, I, p. 341 e ss.; P. De Lalla, *ob. cit.*, p. 75 e ss.; F. Cordero, *Riti*, *cit.*, p. 468-475.

⁽³¹⁾ Cf., por exemplo, G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, liv. IV, cap. II, p. 12-13, e cap. V, p. 55 e ss., e, entre os autores contemporâneos, F. Cordero, *Riti*, *cit.*, p. 384-392, 441-442, 615-625.

⁽³²⁾ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, *cit.*, 39-40 e 45-47. A correlação entre a pena e o grau de incerteza da prova foi sustentada ainda por G. Carmignani, *Teoria*, *cit.*, livro IV, cap. XIII, p. 227-233; *idem*, Progetto di codice di procedura criminale per il Regno del Portogallo, in *Scritti inediti*, Giusti, Lucca, 1852, V, p. 383, art. 650; *idem*, *Saggio teorico pratico sulla fede giuridica e sui vari suoi metodi nelle teorie penali* (1826), *ibidem*, VI, p. 197 e ss. Contra a idéia das “quase-provas” ou das “semiprovas (como se um homem pudesse ser semi-inocente ou semi-réu, quer dizer, semipuniável e semi-absolvido)”, se pronunciou também C. Beccaria, *ob. cit.*, XXXI, p. 76, que está, contudo, em contradição consigo mesmo sobre a questão (veja-se a passagem reproduzida na nota 34).

⁽³³⁾ Segundo Foucault, “entre o juiz que ordena o tormento e o suspeito que é torturado, existe também como que uma espécie de justa”, submetendo-o a uma série de provas, “das quais triunfa ‘resistindo’, ou perante as quais fracassa, confessando”. O primeiro, por sua vez, “arrisca na partida uma vaza, a saber, dos elementos de prova que já tem reunido, porque a regra impõe que, se o acusado ‘resiste’ e não confessa, se veja o magistrado obrigado a abandonar a acusação. O suplicado ganhou” (*ob. cit.*, p. 44-45). Este paralelo entre “os juízos de Deus dos tempos bárbaros” e o “tormento” já fora realizado por G. Filangieri, *ob. cit.*, liv. III, cap. XI, p. 393, 407-409: “Se se considerar o tormento como critério de verdade, se achará tão falaz e absurdo como o eram os juízos de Deus. A disposição física do corpo é a que determina, assim naquele como nestes, o êxito da prova. Em todas as provas pode ser condenado o inocente, e absolvido o verdadeiro réu: este modo de determinar a verdade não tem a menor relação com ela... Ao contrário, o tormento é uma experiência que se faz para ver se o acusado é efetivamente réu e, ao mesmo tempo, uma pena cruel e infamante, que se impõe a um homem, quando ainda se duvida se é réu ou inocente”. Nem sempre, contudo, a resistência à tortura e a falta de confissão equivaliam a uma vitória do réu: às vezes, vinham também interpretadas como efeito de um *maleficium taciturnitatis*, quer dizer, de encantamentos ou, ainda pior, de um *artificium diaboli*, graças ao qual os torturados “tacent, qui dolorem non sentiunt; vel loqui possunt, etiam si sentiunt; vel quia nec sentiunt, nec loqui possunt, ut medicamentis somno opprimentur (somnum hunc conciliat demon causis mere naturalibus, ut medicamentis soporiferis et similibus), vel sane quia sentiunt et loqui possint, robusti tamen atque fortes omnia tolerant” (assim, M. Del Rio, *Disquisitionum magicarum libri sex*, apud Vincentium Florinum, Venetiis, 1616, liv. C, seção IX, p. 703). Uma denúncia destes absurdos está em G. Filangieri, *ob. cit.*, liv. III, cap. XI, p. 408 nota). A tortura, por outra parte, tinha também um caráter participativo e negocial, no sentido de que a confissão obtida por meio dela equivalia à autenticação da instrução por parte do acusado (M. Foucault, *ob. cit.*, p. 41-42) e a sua implicação na condenação: o acusado, afirmava a *Glossa* de Accursio, deve, por assim dizer, julgar-se e condenar-se a si mesmo “per suam confessionem: unde seipsum condemnavit” (gl. *convictus* a D. 22.5.3.5,

in *Digestum vetus*, apud Hugonem a Porta, Lugduni, 1557, p. 923). Posto que o garantismo inquisitivo impõe *probationes luce meridiana clariores*, a busca da *probatio plena* oferecida pela confissão se converte no pretexto para o recurso indiscriminado à tortura, da qual, ademais, estão excluídos os nobres e os juristas (p. Fiorelli, ob. cit., I, p. 289 e 321). Sobre esta contradição entre garantismo e violência inquisitiva, cf. G. Alessi Palazzolo, ob. cit., p. 37 e ss.

⁽³⁴⁾ O pensamento penal iluminista em matéria de provas legais está, na realidade, dividido. Contrário às provas legais, tanto positivas quanto negativas, é defensor do princípio da livre convicção é indubitavelmente Bentham, *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. II, p. 242, que repele como “falsa” toda regra que “constranja o juiz a pronunciar-se contra sua íntima persuasão... Se o juiz, de acordo com as regras do procedimento, absolve o acusado, embora acredite ser culpado segundo os termos da lei; se faz um cidadão perder um direito que, conforme sua persuasão, a lei queria conservar; em uma palavra, se o negócio conduz a um desenlace contrário ao que haveria tido segundo a integridade de um juiz livre, se pode estar certo de que aquelas regras são más... não há que deduzir destas observações que seja necessário abolir todas as formas e não ter outra regra a não ser a vontade dos juizes: o que se necessita evitar são as formas, as regras que colocam o juiz na necessidade de pronunciar uma sentença contra sua própria convicção e que fazem do procedimento o inimigo da lei substantiva”. Duramente polêmico a respeito das provas legais é também Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines* (1766), trad. it. a cargo de R. Fubini, *Commentario intorno al libro “Dei delitti e delle pene”*, in *Scritti politici*, Utet, Torino, 1964, p. 647-648: “Em outras partes admitem umas meias provas, que não são, na realidade, nada mais do que dúvidas, pois é sabido que existem meias verdades; mas em Toulouse se admitem as quartas e oitavas partes de provas. Por exemplo, um *ouvi dizer* pode ser considerado como um quarto de prova, e outro *ouvi dizer* um pouco mais vago, como uma oitava parte; de modo que oito rumores, que não são, na realidade, nada mais do que o eco de um rumor mal fundado, podem compor uma prova completa; e foi mais ou menos sobre este princípio que Jean Calas foi condenado à roda”; idem, *Prix de la justice et de l’humanité*, cit., art. XXII, p. 576: “É realmente necessário que todos os casos de duas testemunhas concordantes sejam suficientes para fazer condenar um acusado? Mas ocorre frequentemente que dois homens igualmente prevenidos se enganem, ambos acreditando que tenham visto o que não viram em absoluto! Sobretudo, quando seus espíritos estejam inflamados e seus olhos fascinados pela emoções sectárias ou religiosas”. O mesmo Voltaire não oculta, contudo, suas preocupações pela substituição das provas legais pela livre convicção: “Teríamos a tentação de desejar que todo vínculo legal fosse abolido e que não houvesse nada em seu lugar, além da consciência e do bom senso dos magistrados. Mas quem nos garantirá que esta consciência e este bom senso não se extraviarão?” (ibidem, p. 578). Predominantemente, ademais, a crítica iluminista se dirigiu contra o sistema das provas legais positivas ou suficientes, enquanto defendeu firmemente as provas legais negativas ou necessárias: vejamos as obras citadas, *infra*, na nota 70, de Filangieri, Romagnosi, Pagano, Carmignani e Lauzé di Peret. Por outra parte, deve-se assinalar a aceitação, inclusive, das provas legais positivas ou suficientes, idôneas para transformar a indução em dedução, por parte de C. Beccaria, ob. cit., XIV, p. 34: “Podem ser distinguidas as provas de delito em perfeitas ou imperfeitas. Chamam-se perfeitas as que excluem a possibilidade de que um tal homem não seja réu, e imperfeitas as que não a excluem. Das primeiras, uma só é ainda suficiente para a condenação, das segundas são necessárias tantas quantas bastem para formar uma perfeita; vale tanto quanto dizer se, por uma destas, em particular, é possível que não seja réu, pela reunião de todas em um mesmo sujeito, é impossível que não seja réu. Note-se que as provas imperfeitas, das quais pode o réu justificar-se e não o faz, segundo esteja obrigado, se fazem perfeitas” (mas vejamos-se, em contraste com esta passagem, as palavras de Beccaria coletadas na nota 32). Outra ilustre exceção à orientação iluminista contra as provas legais positivas é constituída por Montesquieu, ob. cit., VI, 17, p. 329: “O depoimento de duas testemunhas basta para a condenação de todos os crimes. A lei lhes dá crédito, posto que falam pela boca da verdade”. De uma hierarquia das provas, distinguidas em “mais do que plenas”, “plenas ordinárias”, “mais do que semiplenas” e “menos do que semiplenas”, fala também G. W. Leibniz, *Nuovi saggi sull’ intelletto umano*, cit., liv. IV, cap. XVI, p. 606.

⁽³⁵⁾ Sobre esta breve experiência revolucionária e mais em geral sobre as vicissitudes que acompanharam o nascimento do processo penal moderno voltarei a falar profusamente nos parágrafos 39, 40 e 41.

⁽³⁶⁾ A fórmula lida aos jurados, antes de se retirarem para deliberar, ademais, dizia: “A lei não pede contas dos meios pelos quais os jurados formaram a sua convicção: não lhes prescreve em absoluto regras a que devam aderir, especialmente a plenitude ou a suficiência de uma prova; pedelhes que interroguem a si mesmos no silêncio e recolhimento e que busquem, na sinceridade de sua consciência, que impressão tiveram sobre sua razão as provas apresentadas pelo acusado e os meios de defesa. A lei não diz em absoluto: ‘tereis por verdadeiro todo fato ratificado por tal número de testemunhas, ou não considerareis suficientemente estabelecida toda prova que não se tenha formado com tantas testemunhas ou tantos indícios’; não lhes faz mais do que esta pergunta, que encerra toda a medida de seu dever: ‘tereis uma íntima convicção?’”.

⁽³⁷⁾ M. Nobili, ob. cit., p. 155 e 149. O último sistema completo de provas legais é o realizado no Código de instrução criminal da Prússia, de 11.12.1805, sobre o qual veja-se F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., vol. II, par. 910, p. 413-415.

⁽³⁸⁾ A principal fonte de informações sobre a retórica pré-aristotélica é a *Rhetorica ad Alexandrum*, atribuída a Anaxímenes de Lámpsaco, que documenta a elaboração de uma “teoria dos signos”, como referentes empíricos da investigação indutiva, além da diferenciação entre signo provável (*semeion*) e signo necessário (*tecnerion*), recuperada depois por Aristóteles, *Retorica*, I, 2, 1357b, p. 11 e ss. Cf. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 11 e ss.

⁽³⁹⁾ Aristóteles, *Primi analitici*, in *Organon*, org. de G. Colli, Einaudi, Torino, 1955, II, p. 264 e ss.; *Topici*, ibidem, p. 407 e ss.; *Retorica*, cit. É a estes textos que remonta, como é sabido, a primeira elaboração de uma lógica indutiva diversa da lógica dedutiva, conforme a diferenciação entre “silogismos demonstrativos” ou “apodífticos” e “silogismos dialéticos” ou “retóricos”; os primeiros relativos à esfera do “necessário” e os segundos à do “não necessário”, do “possível”, do “provável” ou do “opinativo”.

⁽⁴⁰⁾ A obra de Hermágoras de Tenos – e, em particular, sua teoria dos *stati*, ou seja, dos termos ou confins da controvérsia e da argumentação – tem sido penosamente reconstruída por meio da influência por ela exercida na *Rhetorica ad Herennium*, no *De inventione* de Cícero, nas *Institutiones oratoriae* de Quintiliano e no *De rhetorica* de Santo Agostinho. De Cícero, *Topica*, II, 8, é a já referida definição de *argumentum* como “ratio, quae rei dubiae faciat fidem”, que será recepcionada por toda a tradição retórica e jurídica medieval, de Boécio a Irmerio, de Azzone e Accursio a Cino de Pistoia e a Bartolo. Sobre a influência da retórica na experiência processual romana, cf. A. Giuliani, ob. cit., p. 46-111; T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, trad. it. de G. Crifò, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1962; G. Pugliesi, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, cit.

⁽⁴¹⁾ Boécio, *De differentiis topicis*, in *Patrologiae latinae cursus completus*, org. J. P. Migne (1844-1866), impressão, Brepols, Turnhout, 1963-1977, vol. LXIV, cap. 1173-1218; Casiodoro, *De artibus ac disciplinis liberalium litterarum*, ibidem, LXX, cap. 1150-1220; Isidoro de Sevilha, *Etymologiarum libri XX*, ibidem, LXXXII, cap. 73-728; Alcuino, *Dialogus de rhetorica et virtutibus*, ibidem, CI, cap. 919-950; idem, *De dialectica*, ibidem, cap. 950-976; Ivo de Chartres, *Decretum*, ibidem, CLXI, cap. 47-1036; idem, *Panormia*, ibidem, cap. 1045-1344; Abelardo, *Sic et non*, ibidem, CLXXXVIII, cap. 1339-1610; Hugo de São Vitor, *Eruditionis didascalicae*, liv. VII, ibidem, CLXXVI, cap. 739-838; João de Salisbury, *Policraticus*, ibidem, CXCIX, cap. 379-822; idem, *Metalogicus*, ibidem, cap. 823-946; Irmerio, *Summa codicis*, in *Quaestiones de juris subtilitatibus der Irmerius*, mit einer Einleitung, edição de H. Fitting, Buchdruckerei des Weisenhauses, Berlin, 1894; Tancredo, *Ordo judicarius*, in *Pillii, Tancredi, gratiae, libri de iudiciorum ordine*, cit.; Gratia Aretinus, *Summa de judicario ordine*, ibidem. Cf., além disso a recopilção de escritos processuais canonistas, editada por L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römischen-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Wagner, Innsbruck, 1925-1928. Sobre a estrutura da *ordo judicarius*, em particular nos escritos de João de Salisbury, cf. A. Giuliani, *Prova*, cit., p. 529-533, que a contrapõe, como “ordem isonômica”, à “ordem assimétrica” dos autores do processo, que caracterizará a inquisição.

⁽⁴²⁾ Cf. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 11, 38, 60, 120, que aponta as artes médicas, além das judiciais, entre as raízes empíricas do método indutivo prefigurado pela teoria pré-socrática dos signos. O método retórico-indutivo se identificou até tal ponto com a arte da oratória judicial que o termo “retórico” foi, durante muito tempo, sinônimo de “jurista” e de “advogado” (F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 278).

⁽⁴³⁾ Tanto na experiência grega quanto na medieval, a passagem do sistema das provas irracionais e das ordálias ao das provas racionais não teria sido possível, segundo Giuliani, sem a assimilação da “lógica do provável, ligada à tradição tópico-retórica” (A. Giuliani, ob. cit., p. 136; idem, *Prova*, cit., p. 533). A disputa judicial, com efeito, se configura antes de tudo, desde os primeiros estudos retóricos, como um método de investigação indutiva, onde a busca da verdade é confiada às argumentações das partes, segundo o esquema dialético da *contradictio* entre *probationes* ou *confirmationes* e *confutationes* ou *reprehensionis* (ibidem, p. 80-87, 120 e ss., 142-158, 170 e ss.). De acordo com este esquema – que reflete uma contenda judicial não física, mas argumentativa, mediante prova e erro – é que se origina o sistema do processo acusatório: “Pois, tanto o verdadeiro como o verossímil”, escreve Aristóteles, *Retorica*, I, 1, 1355a, p. 4-5, “é próprio da mesma faculdade vê-lo... Pois, que os demais tratam dentro da arte o exterior ao assunto, e porque se inclinam mais à oratória forense, está claro. Assim, é útil a retórica, por serem por natureza mais fortes a verdade e a justiça do que seus contrários... Além disso, seria absurdo que fosse desonroso não poder ajudar-se alguém a si mesmo com o corpo, e que não valer-se da razão não o fosse, pois isto é mais específico do homem do que o servir-se do corpo”; ibidem, I, 3, 1358b, p. 15: “No pleito, de uma parte é a acusação e de outra, a defesa, e uma dessas duas coisas é preciso que façam os que pleiteiam... Para os que advogam na justiça (o fim é) o justo e o injusto”.

⁽⁴⁴⁾ A distinção medieval das artes liberais nas duas ordens de estudos do *Trivium* (gramática, retórica e dialética) e do *Quadrivium* (aritmética, geometria, música e astronomia) remonta a Marziano Capella, Casiodoro, Isidoro de Sevilha e, depois, a Alcuino. Dentro desta organização do saber, a supremacia é para a retórica (ou tópica) e para a dialética (ou lógica), que foram, assim, a parte proeminente da educação escolástica e da *civilis scientia*. A retórica, em particular, é concebida como *scientia jurisperitorum* que “propter nitorem et copiam eloquentiae suae maxime in civilibus quaestionibus necessaria existimatur” (Isidoro, *Etymologiarum*, cit., I, 2, cap. 74, 1). A *ratio disserendi*, segundo a distinção já antecipada por Cícero, “in duas distribuitur partes, unam inveniendi, alteram iudiciandi”: a primeira, “quae inveniendi facultatem subministrat, a Grecis topice, a nobis localis vocatur”; a segunda, “quae iudicium purgat atque instruit, ab illis analytice vocata, a nobis potest resolutoria nuncupari” (Boécio, *De differentis topicis*, cit., I, cap. 1173). Trata-se, como se verá no parágrafo 7, de uma distinção epistemológica de grande modernidade: a distinção entre a lógica indutiva da investigação, que preside os descobrimentos das hipóteses e a busca das provas de acusação e das contraprovas de defesa, e a lógica dedutiva da confirmação ou refutação das hipóteses propostas, que preside o juízo sobre sua culpabilidade ou incompatibilidade com os dados probatórios coletados.

⁽⁴⁵⁾ A possibilidade do erro foi lúcida e modernamente conectada, pela lógica clássica e medieval, à *ratio probabilis*, referente à esfera do contingente, do possível ou do não necessário: “Trate-mos primeiro do possível e do impossível. Se um contrário é possível, que seja ou tenha sido, também o outro contrário poderia parecer que é possível” (Aristóteles, *Retorica*, II, 19, 1392a, p. 127); “In probabilibus, si affirmatio es probabilis, etiam negatio opposita probabilis est, quia quod potest esse potest etiam non esse” (Alberto Magno, *Topica*, in *Opera*, editada por P. Jammy, Prost, Lugduni, 1651, vol. I). Daqui, de um lado, o valor da dúvida como solicitação intelectual e, por sua vez, fonte de prudência na investigação, mediante prova e erro, confiada à *ars opponendi et respondendi* das partes: “Dialecticae disputationes sunt ex probabilibus collectivae contradictionum (hoc est utramque partem contradictionis opposites)” (Alberto Magno, *Liber I, Elencorum*, I, 4, in *Opera*, cit., vol. I, p. 844). O campo do provável é antes de tudo o das *civiles quaestiones*: “In negotiis humanis no potest haberi probatio demonstrativa et infallibilis, sed sufficit aliqua conjecturalis probabilitas, secundum quam rhetor persuadet” (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., Ia, IIae, quaestio CV, art. 2, *ad octavum*); “in humanis actibus invenitur aliqua certitudo, non quidem sicut in demonstrativis, sed secundum quod convenit tali materiae: puta cum aliquid per idoneos testes probatur” (ibidem, IIae, IIae, quaestio LX, art. 3, *ad primum*).

⁽⁴⁶⁾ A. Giuliani, ob. cit., p. 8-9, 114 e ss., 154 e ss.

⁽⁴⁷⁾ O princípio romanista *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (Paulus, 69 *ad edictum*, D. 22.3.2) foi reforçado por Ivo de Chartres, *Decretum*, cit., par. XVI, 179, cap. 939; idem, *Panormia*, cit., V, 18, cap. 1217; por Inerio, ob. cit., IV, 32, 3; por Tancredo, ob. cit., III, 6; cf. G. Salvioli, ob. cit., parte II, p. 407-415, que faz referências também aos cânones *affirmanti non neganti incumbit probatio, actore non probante reus absolvitur, negativa non sunt probanda quia rerum natura improbabilia*

sunt e numerosas exceções, acrescentadas sobretudo a este último por Bartolo e por Baldo. Sobre o princípio no direito romano, cf. Pugliesi, *L'onere delle prova nel processo romano per formulas*, 1956, agora in *Scritti*, cit., I, p. 178-252. Veja-se também a ampla introdução histórica de G. A. Micheli, *L'onere della prova*, 1941, reimpressão, Cedam, Padova, 1966, p. 3-58.

⁽⁴⁸⁾ Cf. *supra*, as notas 43 e 45. “Constitutio” – escreveu Cícero, *De inventione*, I, 8, 10 – “est prima conflictio causarum ex depulsiōne intentionis profecta, hoc modo: ‘Fecisti’: ‘no feci’ aut ‘jure feci’”. Ulpiano (7 *disputationum*) havia assinalado ao réu o ônus de provar as exceções que contradizem a ação: “In exceptionibus dicendum est reum partibus auctoris fungi oportere ipsumque exceptionem, velut intentionem implere” (D. 22.3.19); e havia concebido (74 *ad edictum*) uma espécie de espiral: “replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant... Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus auto actor obicit” (D. 44.1.2.1-4). A dialética medieval recolhe este esquema configurando a controvérsia como conflito entre *positiones* et *oppositiones*, idóneo enquanto tal “ad eruendam veritatem”: a *positio* de parte, admitida no julgamento, comportava a obrigação de *respondere*, mas também o direito à *probatio*, isto é, à contraprova; mas enquanto “probatio reprobationem non excludit”, “reprobatio reprobationis non datur” (G. Salvioi, ob. cit., parte II, p. 412-413). Sobre o nexó entre a idéia do contraditório como técnica de busca da verdade e a teoria dialética das *positiones*, que penetra no processo romano-canônico através da retórica, cf. A. Giuliani, ob. cit., p. 138-176.

⁽⁴⁹⁾ Cf., para o processo romano-canônico da época pré-inquisitiva, A. Giuliani, ob. cit., p. 171. Este papel do juiz, que permanecerá como um traço constante da experiência processual inglesa, é expressado por F. Bacon, *Of judicature*, cit., p. 508: “Os papéis de um juiz na audiência são quatro: dirigir a prova; moderar a extensão, a repetição ou a impertinência das declarações; recapitular, selecionar e cotejar os pontos substantivos daquilo que se disse; e ditar a regra ou sentença”.

⁽⁵⁰⁾ Cf. *supra*, a nota 45: “Os que querem investigar com êxito devem começar por formular bem as dificuldades, pois o êxito posterior consiste na solução das dúvidas anteriores, e não é possível desatar um nó que se ignora... Por isso, é preciso considerar bem, antes, todas as dificuldades, pelas razões expostas e porque os que investigam sem haverem formulado antes as dificuldades, são semelhantes aos que desconhecem aonde se deve ir... Ademais, é evidente que está em melhores condições para julgar aquele que tenha ouvido, como se fossem partes litigantes, todos os argumentos opostos” (Aristóteles, *La metafísica*, cit., III, I, 995a-b, p. 71-72). O reconhecimento do caráter provável e incerto de toda prova e a preocupação pela falibilidade de todo juízo estão na base da máxima *in dubio pro reo*: “Dubia in meliorem partem sunt interpretanda” e “prioriores esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum” (Tancredo, ob. cit., p. 258); cf. também, *supra*, a nota 25 do capítulo 2.

⁽⁵¹⁾ A elaboração de um compacto código de normas de exclusão ou de inadmissibilidade está sem dúvida entre os produtos mais conspícuos da tradição jurídico-retórica, informada pela primazia das *probationes artificiales* ou argumentativas e pela desconfiança diante das *inartificiales*, segundo o princípio de Cícero “apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent” (*De Republica*, I, 38): com efeito, escreveu Aristóteles, “não podem corromper os argumentos de verossimilhança por dinheiro” e “não podem ser surpreendidos em falsos testemunhos” (*Retorica*, cit., I, 15, 1376a, p. 74). Disso procede uma longa série de preclusões ou limitações, baseadas em uma refinada teoria dos erros. Em primeiro lugar, a exclusão das testemunhas carentes de *fides*, dos impúberes e dos menores (D. 22.5.3.5 e 22.5.20); dos velhos e convalescentes (D. 22.5.8); dos parentes e dos libertos acerca de seus atos e vice-versa (D. 22.5.4-5 e 9); dos condenados por falso testemunho (D. 22.5.3.5); das testemunhas em causa própria (D. 22.5.10); dos defensores que tenham defendido a mesma causa (D. 22.5.25) e de quem em julgamento anterior tenha testemunhado contra o mesmo réu (D. 22.5.23); mas também – conforme um complexo sistema de discriminações pessoais – dos serventes, salvo que faltem outras fontes de prova (D. 22.5.7), dos condenados não reabilitados, dos detidos, dos gladiadores e das prostitutas (D. 22.5.3.5) e, mais tarde, dos judeus, hereges, pagãos e dos maniqueus (CI. 1.5.21), aos quais os canonistas acrescentaram as mulheres, que o direito romano (D. 22.5.18 e D. 50.16.1) havia igualado aos homens, além de a “quicumque sunt alicuius sectae Christianae religioni oppositae, ut gentiles, ut iudei, et omnes infames personae, ut ystriones, fures, latrones, raptores, incesti, adulteri, criminosi, que veniunt ad sortilegos et divinatores... laici ergo contra clericos, et clerici contra laicos sicut in

accusatione, ita nec in testimonio sunt audiendi” (*Rhetorica ecclesiastica*, cit., p. 71 e ss.). Em segundo lugar, a exclusão do valor probatório de um só testemunho conforme o princípio sobre o qual se fundará imediatamente a prova legal, das duas testemunhas concordantes, *testis unus, testis nullus* (CI 4.20.9; Ivo de Chartres, *Panormia*, cit., V, 22, cap. 1218). Em terceiro lugar – e são os princípios de maior valor garantista – as exclusões dos testemunhos incontroláveis e o método legal da assunção das provas: “testes de auditu non esse recipiendos” (Damaso, *Summa de ordine judiciario*, in *Quellen*, cit., p. 53; Tancredo, ob. cit., p. 239; Ivo de Chartres, ob. cit., V, 25, cap. 1218); “testes non dicant testimonium, nisi de his quae praesentialiter et veraciter noverint” (ob. cit., V, 19); “testis autem dicere debet de his quae vidit et novit et sub ejus praesentia acta sunt... quoniam, si dicat de his, quae ad alio auditu percepit, non valet ejus dictum” (Tancredo, ob. cit., p. 239); as testemunhas devem dar conta das fontes de seu conhecimento, “quod si testis interrogatus non reddit causam suae scientiae, hoc est, qualiter sciat id quod dicit eius testimonium non valet” (ibidem, p. 240); enfim, como garantia do contraditório: “recipiendi sunt testes presente utraque parte... aliter introducti non valent” (ibidem, p. 235) e “receptio testimonium non est facienda contra absentem. Testium productio non aliter habeatur, nisi praesente quoque adversaria parte vel contumaciter non veniente” (Ivo de Chartres, ob. cit., V, 20, cap. 1217). Em quarto lugar, a exclusão – conforme formulários analíticos sobre “qualiter sunt formandae interrogationes” – das posições “obscurae et incertae” ou “múltiplices” (Tancredo, ob. cit., p. 209), ou “negativae” (Gratia Aretinus, ob. cit., p. 363) ou “impertinentes” (Bartolo Da Sassoferrato, *In primam codicis partem commentaria. Ad IV librum*, lex XXII; Baldo degli Ubaldi, in *IV et V cod. libros commentaria*, cit. por A. Giuliani, ob. cit., p. 174 e 183). Um sistema de *rules of exclusion* foi, por outra parte, também o *law of evidence* inglês: cf. A. Giuliani, ob. cit., p. 189 e ss.; idem, *Prova*, cit., p. 547-549.

⁽⁵²⁾ O princípio da livre convicção do juiz e o repúdio das provas legais e de qualquer estimativa pré-constituída das provas foram sancionados pelo conhecido reescrito do imperador Adriano: “Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest... Non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris” (Callistratus, *4 de cognitionibus*, D. 22.5.3.2). E continuaram sendo um ponto firme durante toda a primeira Idade Média: “In ipsa vero testimonium examinatione, non potest ex regula aliqua diffiniri, quid magis iudicem sequi oporteat... Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimonium fidem” (João de Salisbury, *Polycraticus*, cit., V, 14, cap. 574-575). Mas igualmente firme foi o princípio de que a livre convicção se havia de forma *iuxta alligata et probata*. Segundo Giuseppe Salvio (ob. cit., p. 470-471), estas duas ordens de princípios se mantiveram por longo tempo, inclusive na Idade Média tardia: Uma verdadeira e férrea regra das provas legais foi alheia a Alberto da Gandino, Durante e a Baldo, mais inclinados a seguirem o direito romano... Durante vincula o juiz não a esta ou àquela prova, mas só a *procedere secundum allegata et probata*, tanto que *non potest sine probatione sententiam ferre*... Em todas as *quaestiones circa probationes* não se estabelece qualquer vínculo do juiz na valoração das provas, sobre as quais, diz Bonifácio de Vitalinis, *et secundum leges et iura* deve sentenciar: *haereat conscientia qua quid sit probatum*. Sentenciar segundo as provas e valorar estas com pura consciência, tendo Deus como juiz: eis aí a norma seguida nas escolas e nos tribunais. Tal princípio não se torna diminuído pela fato de que passou à enumeração das provas, e isso para responder aos critérios de classificação, então dominantes... Nem sequer tal conclusão deve ser modificada pelo fato de que estes juristas quiseram que na prova testemunhal se tivesse em vista a idade, a condição social etc., em medida relevante, dependendo dos prejuízos do tempo. Também frente ao depoimento do pobre e do nobre, o juiz estava submetido à sua consciência, devendo formar sua convicção *ex probabilibus et non necessariis a quibus veritas non potest abesse*. A valoração das testemunhas é remetida ao arbítrio do juiz, especialmente quando são contraditórias; e se discute até que ponto se pode sentenciar apenas sobre os depoimentos das testemunhas: e assim se chega a Matteo de Afflito, que escreve: “Iudices in hoc regno (Napoli) debent iudicare secundum purissimam conscientiam et veritatem”. A livre convicção, em suma, jamais entra em conflito com a *necessitas probandi* e com a vinculação do juízo às atas do processo, segundo a máxima de Durante “quod non est in actis non est in mundo” (citado por G. Salvio, ob. cit., parte II, p. 412).

⁽⁵³⁾ J. Locke, *An essay concerning human understanding* (1690), trad. it. de M. e N. Abbagnano, *Saggio sull'intelletto umano*, Utet, Torino, 1971, liv. IV, cap. XIV e XV, p. 745-762; G. W. Leibniz,

Nuovi saggi sull'intelletto umano, cit., liv. IV, cap. XV-XVI, p. 597-618; D. Hume, *Trattato*, loc. ult. cit.; idem, *Ricerche*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁴⁾ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XIII, p. 412-416; F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., I, II, p.5-7; G. Carmignani, *Juris criminalis elementa* (1808), trad. it. da 5.^a ed. de 1831, de G. Dingli, *Elementi del diritto criminale*, Stab. Tip. P. Androsio, Napoli, 1854, par. 500 e 501, p. 141. Cf. também F. Carrara, ob. cit., par. 900 e 911, p. 402 e 415.

⁽⁵⁵⁾ Com “a convicção do juiz”, escreve N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., p. 394, “se evita que em mentes já distorcidas e debilitadas, por força de sorites e sofismas, aquilo que seja manifestamente verdadeiro, passando de proposição em proposição, por levíssimas e quase imperceptíveis mutações, produza o falso”. E Romagnosi havia advertido: “A máxima da íntima convicção é uma máxima de sabedoria e razão e não de capricho e despotismo” (in *Scritti editi e inediti relativi al progetto del Codice di Procedura Penale pe'l cessato Regno d'Italia*, par. 159, in *Opere*, editado por A. e Giorgi Perelli e Mariani, Milano, 1842, vol. IV, t. II, p. 799).

⁽⁵⁶⁾ Se se exclui a tosca gnosiologia positivista, que no século passado uniu filósofos, cientistas e juristas, depois da época do iluminismo, se produz um divórcio substancial entre epistemologia científica e ciência processual.

⁽⁵⁷⁾ A garantia do ônus da prova, prevista para o juízo civil pelo art. 2697 do Código Civil italiano, não está formalmente estabelecida para o processo penal, no qual se exclui pela doutrina dominante. Cf. G. A. Micheli, *L'onere della prova*, cit., p. 270 e ss.; A. Foschini, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Giuffrè, Milano, 1957, II, p. 10 e ss.; G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 24 e ss.; G. Vere, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, p. 40 e ss.; A. Melchionda, *Prova (Diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, p. 661. Por sua vez, admite o princípio, ainda que evidentemente em sentido diverso do “dispositivo” do processo civil, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 102-111. De um ônus acusatório da prova, como se verá ao final do item 8, deve-se, no entanto, falar seguramente depois da entrada em vigor do novo Código de Processo, cujo art. 190, dispondo que “as provas são admitidas a pedido da parte” e não pela iniciativa do juiz, comporta que em caso de inatividade da acusação no tocante às provas e aos desmentidos que dependem de seus pedidos, a prova não pode ser considerada alcançada. Veja-se, no entanto, a “ilogicidade”, assinalada na nota 83, da formulação do art. 606, letra d, a respeito dos limites da recorribilidade em sede da Cassação por “falta ou manifesta ilogicidade da motivação”.

⁽⁵⁸⁾ Sobre o nexo entre “livre convicção” e “sistema acusatório”, cf. M. Nobili, ob. cit., p. 19 e ss. e 163 e ss. O nexo não é apenas técnico, mas também político. A legitimidade política da livre convicção como fonte de decisão tem sido reconhecida por muitos somente aos jurados que, diferentemente dos juízes, não apenas não são especialistas em lei, mas sobretudo são os “pares” do acusado. Cf. P. I. Lauzè Di Peret, *Trattato della garanzia individuale e delle diverse prove riconosciute dalle leggi in materia criminale*, in *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, Pezzati, Firenze, 1821, t. III, p. 34-36: “A convicção de um juiz é distinta da de um jurado; a primeira está prevista e ordenada pela legislação, a outra é livre e nasce no ato da discussão; é em certo aspecto um ato imediato de soberania... com efeito, se a prova legal basta para que o acusado não dêva queixar-se de seus juízes, a convicção dos jurados aplaca o condenado. Uma convicção qualquer basta aos jurados, porque representam o acusado. E o homem que se julga a si mesmo não tem que dar satisfação a ninguém dos motivos que o fazem decidir absolver-se ou condenar-se em sua consciência”. F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., 914, p. 419: “Este princípio é completamente razoável se for associado à instituição do júri”. Contra o livre convencimento se situou incondicionalmente, por outro lado, G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. I, cap. VIII, p. 121 e ss., e liv. IV, passim, que o identificou, em todo caso, com o “arbitrio” e a “ignorância” e, precisamente em nome de tal oposição, se opôs vivamente ao método acusatório em conjunto. Voltarei sobre isso nos parágrafos 40 e 41.

⁽⁵⁹⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., XV, p. 80. Sobre a passagem do processo inquisitivo ao moderno processo misto, após a breve experiência acusatória na França revolucionária, cf., *infra*, o parágrafo 39.2 e as notas 103-105 do capítulo 9.

⁽⁶⁰⁾ Cf. *supra*, a nota 52.

⁽⁶¹⁾ Carlo Lessona propôs falar de “persuasão racional” (*Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Fratelli Cammelli, Firenze, 1895, vol. I, p. 296). O Código de Processo Civil italiano fala de “prudente apreciação” (art. 116).

⁽⁶²⁾ Assim, por exemplo, F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 19, que quer que a prova “seja certa, firme, permanente, quer dizer, que consista em monumentos perpétuos e inalteráveis”.

⁽⁶³⁾ Cf. *supra*, a nota 45 do capítulo 1.

⁽⁶⁴⁾ Como mostrou J. S. Mill, *Sistema di logica*, cit., liv. III, cap. V, par. 3, p. 323-329, não há razão alguma para isolar sob o nome de “causa” um dos inumeráveis antecedentes de um determinado fenômeno e para reservar aos demais o nome de “condições”: “Nada pode mostrar melhor a ausência de qualquer fundamento científico para a diferenciação entre a causa de um fenômeno e as suas condições, da maneira caprichosa como escolhemos dentre as condições aquela que preferimos denominar de causa. Por mais numerosas que sejam as condições, dificilmente há alguma que não possa reivindicar esta proeminência nominal”. O uso do termo “causa” tem, pois, uma justificação exclusivamente pragmática: “Nas aplicações das leis naturais”, escreve R. B. Braithwaite, “o que se chama ‘causa’ e o que se chama ‘efeito’ estão determinados pela possibilidade de empregar o primeiro como meio para conseguir o segundo” (*La spiegazione scientifica*, cit., p. 288-289); por isso, disse Toulmin, “o termo ‘causa’ encontra seu campo próprio nas ciências práticas e aplicadas, como a medicina e a engenharia, mas não nas ciências físicas... Os problemas de aplicação e as questões referentes às causas surgem em relação a contextos particulares, enquanto as teorias físicas são formuladas de modo indiferente a qualquer contexto particular” (S. E. Toulmin, *The philosophy of science. An introduction* (1967), trad. it. de E. Lecalano, *Che cosa è la filosofia della scienza?*, Ubaldini, Roma, 1968, p. 147). A questão é relevante, no direito penal (e em geral no direito), para elucidar a natureza da “relação de causalidade” entre ação e acontecimento prejudicial, que constitui um dos pressupostos de garantia da responsabilidade pessoal. Neste contexto, como precisarei no parágrafo 35.2, o termo “causa” pode ser reservado às condições representadas por comportamentos humanos mais ou menos voluntários, segundo a indicação de I. Scheffler, *Anatomia della ricerca*, cit., p. 35: “Podemos isolar como causa aquela condição que reputamos submetida ao controle humano e capaz, por isso, de oferecer uma base para a determinação de responsabilidades legais ou morais”.

⁽⁶⁵⁾ J. S. Mill, *Sistema di logica*, cit., liv. III, cap. I, par. 2, p. 280-281; C. G. Hempel, *Philosophy of natural sciences* (1966), trad. it. de A. Berra, *Filosofia delle scienze naturali*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 32: “Não há, portanto, ‘regras de indução’ geralmente aplicáveis por meio das quais se fazem derivar ou inferir mecanicamente hipóteses ou teorias, a partir de dados empíricos. A transição dos dados à teoria requer imaginação criativa. As hipóteses e teorias científicas não derivam dos fatos observados, mas são inventadas para dar-lhes satisfação”. Sobre o tema, cf., também, P. Achinstein (org.), *The concept of evidence*, Oxford Univ. Press, London, 1983, com escritos de C. G. Hempel, R. Carnap, N. Goodman, W. C. Salmon e P. Achinstein; L. Magnani (org.) *Epistemologie dell’invenzione*, Angeli, Milano, 1984, com escritos de T. Nickles, R. J. Blackwell e D. Shapere. Portanto, continua sendo ainda plenamente válida a distinção realizada por Cícero, por Boécio e pelos lógicos medievais (*supra*, nota 44), entre *ars inveniendi*, que indica a capacidade inventiva e investigadora da acusação, não ajudada de forma imediata pelas regras da lógica, e *ars judicandi* do juiz, que, por sua vez, se beneficia da lógica no controle das provas, das afirmações e das contraprovas coletadas por outros.

⁽⁶⁶⁾ C. G. Hempel, *Filosofia delle scienze naturali*, cit., p. 26-36. Francisco Maria Pagano ilustra assim “a busca da verdade ignota, ou seja, do autor ignoto do delito certo”: “Devemos apresentar primeiramente a hipótese, ou seja, pressupor como verdadeiro um fato, e examinar se lhe convêm as características da verdade” (*La logica dei probabili*, cit., XVIII, p. 49). A função de orientação das hipóteses em nossa recopilação e seleção dos dados e da previsão dos possíveis dados ou confirmações na formulação das hipóteses foi perfeitamente compreendida por Aristóteles, *Rhetorica*, cit., III, 1414a, p. 207: “Há duas partes do discurso, pois é preciso expor o assunto de que se trata e fazer depois a demonstração. Por isso, é impossível dizer, sem demonstrar ou demonstrar, sem haver exposto previamente, porque o que demonstra demonstra algo e o que enuncia algo o enuncia para demonstrá-lo. Destas duas partes, uma é a exposição, a outra é a argumentação, como também se poderia fazer a distinção dizendo que uma é a questão e a outra, a demonstração”. Proposição (ou hipótese) e demonstração (ou confirmação) correspondem, por outra parte, aos dois momentos – conectados, embora distintos – da *inventio* e do *judicium*, nos quais a lógica de Cícero distinguiu a *ratio disserendi*.

⁽⁶⁷⁾ O único caso de experimento em sentido próprio, admitido na prática judicial, é a chamada reconstituição judicial de fatos, disposta para “comprovar se um fato ocorreu ou possa ter ocorrido de um determinado modo”, consistente “na reprodução, na medida do possível, da situação na qual o fato se afirma ou se considera que tenha ocorrido e na repetição das modalidades de desenvolvimento do próprio fato” (art. 218 do Código de Processo Penal italiano). Está claro, contudo, que o fato reproduzido não pode configurar as condições iniciais, ou seja, o (ou um) delito, senão apenas um fato similar – e, mais exatamente, um de seus elementos (a ação ou uma de suas circunstâncias, e não também o acontecimento) – que, portanto, tem o valor de um indício.

⁽⁶⁸⁾ Vejam-se os escritos de Hempel, citados na nota 45 do capítulo 1.

⁽⁶⁹⁾ Art. 115, parágrafo 2.º, do Código de Processo Penal. Sobre as máximas da experiência, vejam-se G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 1027-1029; G. Pavanini, *Massime d'esperienza e fatti notori in corte di cassazione*, *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, I, p. 253 e ss.; G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 79 e ss., e 96 a 109; E. Florian, *Delle prove penali*, cit., p. 51, 66, 67 e 262 e ss.

⁽⁷⁰⁾ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XIV-XV, p. 416-428; G. Romagnosi, *Scritti editi e inediti*, cit., par. 537, p. 964; F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., IX, p. 19-20; idem, *Considerazioni sul processo criminale*, XXI, p. 105-108; G. Carnignani, *Saggio teorico e pratico sulla fede giuridica*, cit., p. 19-20 e ss.; idem, *Teoria delle leggi*, cit., liv. IV, cap. VII, p. 101-130; idem, *Elementi di diritto criminale*, cit., par. 503 e ss., p. 142-146. A necessidade de integrar a livre convicção com as provas legais negativas ou necessárias foi sustentada apenas pelos juízes profissionais sob o argumento, já recordado, de que eles, diversamente dos jurados, “não são iguais (pares) aos acusados”, por P. I. Lauzé Di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 55-57: “A prova legal é uma instituição que tem por objeto a garantia do acusado... Querem fazer mais digno o emprego de juízes? Querem dar maior nobreza às suas atribuições? Deixemos-lhes fazer uso da convicção moral. Admitamos que os juízes dela se sirvam como os jurados; mas que não se sirvam dela nos mesmos termos, posto que não são jurados. Que exerçam a prerrogativa da justiça; que sejam independentes, quando se trata de absolver. Que portanto se impeça com mil obstáculos insuperáveis que julguem arbitrariamente; mas que sejam livres, quando queiram libertar um inocente; que não possam jamais condenar quando a prova legal não esteja completamente estabelecida; mas que sejam autorizados a recusar a condenar, quando esta prova não baste para convencê-los”. Este sistema misto – livre convicção que justifica a absolvição e prova legal negativa, necessária para a condenação (*negative Beweisregeln*) – foi também sustentado na Alemanha, entre o fim do século XVIII e a primeira metade do XIX, por Feuerbach, K. Grolman, E. Henke e K. J. A. Mittermaier. Veja-se também a nota 34.

⁽⁷¹⁾ O sistema foi acolhido pelo Código austríaco de 1803 e depois – após um abandono temporário no regulamento de 17.01.1850 – pelo Código reformado de 29.07.1853; também pelo Código prussiano de 11.12.1805; pela reforma leopoldina do processo penal toscano de 1838; pela Ordenação criminal holandesa de 1830; pelo Regulamento de Berna de 1842; pelo de Baden de 1845 e pela ordenança de Württemberg de 1843.

⁽⁷²⁾ Posto que na prática da inquisição as provas legais foram habitualmente entendidas como necessárias (ou negativas), além de suficientes (ou positivas), deve-se reconhecer que, embora logicamente absurdas e muito frequentemente injustas, tiveram uma certa valia garantista. Cf., para sua apreciação problemática, F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 45, que fala delas como de uma “tentativa cientificamente respeitável de transplantar ao processo o método matemático, sob o pressuposto de que a possível, descontada injustiça da decisão, no caso concreto, estaria acompanhada de uma maior probabilidade de resultados verídicos no universo da experiência judicial”; M. Nobili, ob. cit., p. 108, que vê nelas “uma espécie de contrapeso ao poder do juiz” e recorda a ponderação de Carrara, segundo o qual foram “uma respeitável tentativa de erradicar o arbítrio do juízo de fato”.

⁽⁷³⁾ R. Carnap, *Statistical and inductive probability* (1955), trad. it., *L'interpretazioni statistica e logico-induttiva della probabilità*, in *Il neoempirismo*, cit., p. 612-628; idem, *Inductive logic and rational decisions*, trad. it., in *Analiticità, significanza, induzione*, org. de A. Meotti e M. Mondadori, Il Mulino, Bologna, 1971, 11, p. 495-523; C. G. Hempel, *Filosofia delle scienze naturali*, cit., p. 75.

⁽⁷⁴⁾ A noção objetiva de “probabilidade”, que será expressada pela fórmula latina *id quod plerumque accidit*, se encontra formulada por Aristóteles, *Primi analitici*, II, 70a, 27, 5, in *Organon*, cit., p.

270: “O que se sabe, que na maioria das vezes ocorre assim ou não ocorre assim, ou é ou não é, isso é o verossímil”; idem, *Rhetorica*, cit., I, 2, 1357a, p. 11: “Verossímil é o que ocorre em geral”. Uma concepção subjetivista e pragmática, que recorda a consensualista de Thomas Kuhn, está presente em Aristóteles, *Topici*, I, 100b, in *Organon*, cit., p. 407: “São coisas plausíveis as que parecem bem a todos, ou à maioria, ou aos sábios e, entre estes últimos, a todos, ou à maioria, ou aos mais conhecidos e reputados”. Mas esta concepção subjetivista – argumentativa, não demonstrativa – do “provável” e do “verossímil” (*eikos*) tem sido rastreada por A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 7, 14-16, 23, 62, 65 e ss., em toda a tradição retórica grega, pré e pós-socrática.

⁽⁷⁵⁾ A concepção subjetiva e argumentativa da prova vem expressada pela já recordada definição de Cícero de *argumentum* como *ratio quae rei dubiae faciat fidem*, adquirida por todo o pensamento retórico e jurídico medieval. Mas também em Cícero convivem as duas noções de probabilidade: “probabile est id, quod fere solet fieri aut quod in opinione positum est, aut quod habet in se ad haec quamdam similitudinem, sive id falsum est sive verum” (*De inventione*, I, 29, 46).

⁽⁷⁶⁾ Cf., *supra*, os lugares citados na nota 53.

⁽⁷⁷⁾ R. Carnap, *Logical foundations of probability*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1950; idem, *Analiticità, significanza, induzione*, cit., p. 499 e ss.

⁽⁷⁸⁾ Giuliani, por exemplo, distingue, de acordo com isso, a concepção clássica da prova como *argumentum* da moderna, como indução (*supra*, nota 23). Como fundamento desta contraposição se situa a idéia de que o pensamento medieval em matéria de probabilidade, graças à atenção aos temas “da dúvida e do erro”, se apresenta em termos de proposições certas e necessárias. O conceito medieval da “probabilidade” quase não tem qualquer relação com a noção moderna, que é entendida em termos estatísticos, objetivos; a probabilidade aparecia ligada, então, à opinião, ao sentimento: havia uma certa identificação entre o provável e o contingente. Esta representação do pensamento “moderno”, se puder valer para o positivismo do século dezenove e talvez para o pensamento jurídico em matéria de provas, parece injustificada para a atual epistemologia convencionalista (cf. as obras citadas nas notas 73 e 77 deste capítulo e 86 e 87 do capítulo 1).

⁽⁷⁹⁾ Vejam-se os textos reproduzidos na nota 45. Entendida a máxima no sentido de uma “certeza matemática ou absoluta”, escreve Bentham, “para não punir um inocente, então, não se deveria punir ninguém” (*Traité des preuves*, cit., liv. VI, cap. 2, p. 341).

⁽⁸⁰⁾ C. G. Hempel, *Filosofia delle scienze naturali*, cit., p. 56 e ss.; I. Copi, *Introduction to logic* (1961), trad. it. de M. Stringa, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, Bologna, 1964, p. 496 e ss.

⁽⁸¹⁾ A necessidade de verificações ou confirmações foi reconhecida por um escrito de Sétimo Severo, inclusive para a confissão: “Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere... Se quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur” (D. 48.18.1.17 e 27). Por sua vez, tem ocorrido de tal princípio epistemológico ser negado por nossa cassação: “O juiz pode basear sua própria convicção, inclusive, no único indício, prescindindo da coordenação com outros elementos, contanto que o fato ignorado, que se tem que provar, se situe como o único logicamente conseqüente e correlativo com o fato conhecido” (Cass., seção IV, 08.07.1967, in *Cassazione penale. Massimario annotato*, 1968, p. 1318).

⁽⁸²⁾ X. G. Leibniz, ob. cit., liv. IV, cap. XVI, p. 606-607.

⁽⁸³⁾ A questão tem sido hipotecada, na doutrina, pelo prejuízo epistemológico que identifica “logicidade” do juízo e silogismo dedutivo; e pela conseqüente admissão do controle de logicidade só sobre os “juízos de direito” (dedutivos) e não também sobre os “juízos de fato” (indutivos): cf., por exemplo, G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit. Está claro que, por sua vez, se por “lógica” se entende a lógica não apenas dedutiva, mas também indutiva, não há razão para não se admitir o controle lógico da cassação igualmente sobre a adequação da motivação de fato, quer dizer, sobre a carência de confirmações (ou provas) por *modus ponens* ou sobre a presença ou a falta de prática de refutações (ou contraprovas) por *modus tollens*.

⁽⁸⁴⁾ Como observou V. Frosini, *Equità* (nozione), in *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 69, esta fórmula não é de Aristóteles, é uma simplificação deformadora de seu pensamento.

⁽⁸⁵⁾ Aristóteles, *Etica Nicomachea*, cit., V, 10, 1137b, p. 155-156. Nesta e nas passagens que seguem, dei ao termo *epieikeia* – seguindo as indicações de Frosini (ob. cit., p. 70, nota 4) – o sentido de “justo”

em lugar de, como se faz na tradução de Plebe, “conveniente”. Sobre *epieikeia*, cf. também F. D’Agostino, *Epieikeia. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Giuffrè, Milano, 1973; idem, *La tradizione dell’epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell’idea di equità*, Giuffrè, Milano, 1976.

⁽⁸⁶⁾ Aristóteles, loc. cit.

⁽⁸⁷⁾ Ibidem.

⁽⁸⁸⁾ Aristóteles, *Reticorica*, cit., I, 13, 1374a, p. 67. A mesma tese expressa Aristóteles na *Política*, Laterza, Bari, 1972, III, 17, 1287b, a propósito da equívoca contraposição (já citada na nota 22 do capítulo 2) entre governo das leis e governo dos homens: “Mas como as leis podem abarcar umas questões e outras não, isto faz com que se formule e se tente resolver o problema de se é preferível o governo da melhor lei ou do melhor homem, já que as questões sobre as quais se delibera são aquelas que não podem ser submetidas à legislação”.

⁽⁸⁹⁾ *Reticorica*, loc. cit.

⁽⁹⁰⁾ Ibidem, 1374b, p. 68.

⁽⁹¹⁾ Ibidem.

⁽⁹²⁾ Ibidem, 1374a, p. 67.

⁽⁹³⁾ O dualismo de *aequitas* e *jus* – entendida a primeira como fonte de integração do segundo e fator de mediação de seu desenvolvimento histórico e de sua adaptação às transformações sociais – acompanha toda a história do direito: recorde-se o papel da *aequitas* romana na formação do *jus honorarium*, em oposição ao *jus Quiritum* e do *jus gentium* ao lado do *jus civile*; da *aequitas canonica* na formação do *jus suppletorium* e, em geral, em toda a evolução do direito canônico: da *equity* inglesa na formação de um direito (*Case Law*) e de uma jurisdição separada do Chanceler (*Court of Chancery*) e ao lado do *Common Law*. Sobre estas distintas, mas análogas experiências, existe uma literatura imensa: podem ver-se S. Riccobono, *Aequitas, Nuovo digesto italiano*, Utet, Torino, 1937, I, p. 210 e ss.; A. Guarino, *Equità (diritto romano)*, *Novissimo digesto italiano*, cit., VI, 1960, p. 618 e ss.; I. D. Davies, *Equity*, ibidem, p. 638-642; F. Calasso, *Equità*. Premessa storica, *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 65 e ss.; P. Fedele, *Equità canonica*, ibidem, p. 147-159; F. W. Maitland, *Equity. A course of lectures* (1909), trad. it. de A. R. Borzelli, *L’equità*, Giuffrè, Milano, 1979, seções I e II; G. Broggin, *Aspetti storici e comparativistici, L’equità*, *Atti di convegno*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 17-45; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979, I, p. 530-554. Na Itália está prevista hoje uma jurisdição de equidade, de forma totalmente marginal, pelos arts. 113, 114 e 822 do Código de Processo Civil, isto é, para tramitações como as de conciliação de pequeníssimo valor e para os juízos referentes a direitos disponíveis das partes, quando estas peticionem, concordando sobre isso.

⁽⁹⁴⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 456-457 e 465. A definição de equidade de Sir Edward Coke (*Institutes*, I, f. 24b), que copia a aristotélica, é a seguinte: “A equidade é uma interpretação feita para os juizes, segundo a qual os casos não compreendidos na letra de uma lei, mas incluídos no mesmo fato e na mesma causa daquela, deverão ter o mesmo remédio previsto pela lei; a razão disso está no fato de que o legislador não pode enumerar todos os casos expressamente”.

⁽⁹⁵⁾ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), trad. it. de F. Messineo, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1954, par. 223, p. 191.

⁽⁹⁶⁾ *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., III, p. 30, onde entre os defeitos intrínsecos da jurisprudência e da judicatura se indica a abstração das “leis, que não provêem, nem podem prover, a todos os casos, que podem ser muitos, para não dizer infinitos”. Contra o “abuso” da equidade, cf. também ibidem, cap. XIII, p. 144-148.

⁽⁹⁷⁾ *Della diocesia o sia della filosofia del giusto e dell’onesto* (1776), Tip. Chianese, Napoli, 1817, t. II, liv. II, cap. XX, par. 14, p. 243-244: “Toda lei é geral e por isso afeta uma infinidade de casos similares... E daí que a mesma lei não poderia se encaixar em todos os casos, sem alguma interpretação ou manejo do juiz”.

⁽⁹⁸⁾ “O apótema (*dictum*) da equidade é, pois, este: ‘O direito mais escrito constitui a maior injustiça’ (*sumum jus, summa injuria*); mas este dano não pode ser remediado pelo caminho jurídico, ainda que afete uma exigência jurídica, porque esta (a equidade) só pertence ao *tribunal da consciência* (*forum poli*), enquanto toda questão jurídica deve ser levada perante o *tribunal civil* (*forum soli*)” (I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. it. de G. Solari e de G. Vidari,

Principi metafisici della dottrina del diritto, in *Scritti politici*, Utet, Torino, 1965, p. 411). Sobre a incompreensão e sobre a aversão dos iluministas para com a equidade, cf. as notas 115 e 116.

⁽⁹⁹⁾ Ch. Perelman, *De la justice*, 1945, trad. it. de L. Ribet, *La giustizia*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 61-62. Para Perelman a equidade é sempre uma transgressão da justiça formal: “Quando as antinomias da justiça aparecem e a aplicação desta nos obriga a transgredir a justiça formal, recorre-se à equidade”; esta “consiste em uma tendência a não tratar de maneira muito desigual os seres que formam parte da mesma categoria essencial”; por isso se cai no “compromisso, quando se recorre à equidade”, e devendo ter em conta “características essenciais”, não previstas pela lei, “se transgredirá a justiça formal” (ibidem, p. 61-63).

⁽¹⁰⁰⁾ F. Carnelutti, *Trattato del processo civile. Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 139; idem, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 41-42; idem, *Istituzione del processo civile italiano*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1956, vol. I, p. 31. Nas páginas de Carnelutti a equidade é promiscuamente referida ao direito natural e à ética. Identifica diretamente a equidade com a ética, em sintonia, por tudo o mais, com a geral confusão entre direito e moral (cf. *infra* os parágrafos 19.2 e 27.2); também G. Maggiore, *L'equità e il suo valore nel diritto, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1923, p. 256 e ss.: “A equidade não é uma entre as demais fontes do direito, já que é fonte universal do direito... É a força ética que realiza o direito e, contudo, acompanha o direito em todas as suas manifestações”.

⁽¹⁰¹⁾ C. M. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche*, Cedam, Padova, 1959, p. 158; P. Calamandrei, Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, *Archivio giuridico*, 1921, p. 246 e ss., que sublinha o caráter, em todo caso, informal da equidade “ou direito natural, se assim se quer chamar”. “Chamemo-la, pois, equidade, se assim nos agrada; outros poderiam, para indicar este conjunto de fatores sociais... servir-se de outras expressões, como de ‘direito livre’, ‘direito justo’, ‘direito natural’ ou ‘direito ideal’. Pois, volto a repetir, as palavras contam pouco”.

⁽¹⁰²⁾ A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Cedam, Padova, 1927; P. Biondi, In tema di potere discrezionale del giudice, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, I, p. 228 e ss.; S. Rodotà, Quale equità?, *L'equità*, cit., p. 47 e ss.

⁽¹⁰³⁾ V. Frosini, ob. cit., p. 81-82.

⁽¹⁰⁴⁾ N. Bobbio, Governo degli uomini o governo delle leggi? (1983), in *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 161. Poderia ser reproduzida uma infinidade de outras definições ou interpretações da equidade: como fonte, aspiração, critério, cânon interpretativo ou método de julgamento, referidos à moral, ao bom senso, ao sentimento jurídico, à consciência popular, à justiça substancial ou, inclusive, a outros. Vejam-se os inventários em A. Giannini, *L'equità*, *Archivio giuridico*, 1931, p. 76 e ss.; C. M. de Marini, ob. cit., p. 146; Salv. Romano, *Equità (diritto privato)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 83 e ss. Mas esta variedade de fórmulas, todas igualmente vagas e genéricas, confirma apenas que a noção de equidade está “entre as mais essenciais... mas, ao mesmo tempo, entre as mais evanescentes, incertas e contraditórias” (A. Guarino, ob. cit., p. 619) e que a reflexão sobre ela não progrediu muito desde Aristóteles.

⁽¹⁰⁵⁾ Continua sendo plenamente válida, conquanto se entenda a equidade como critério de juízo substancialista alternativo à legalidade, a áspere crítica que lhe dirigiu V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Savini, Camerino, 1880. Neste sentido, com efeito, a equidade se converte no árbitro subjetivo e na insegurança mais total: “Fazer medida da equidade a consciência do Chanceler” – escrevia John Selden há mais de três séculos – “é como se se quisesse converter em medida de longitude o pé do chanceler ocasional: ‘What an uncertain measure would this be!’ (Que medida tão insegura!)” (citado por G. Radbruch, *Der Geist der englischen Rechts* (1958), trad. it. de A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 31-32).

⁽¹⁰⁶⁾ No direito penal, a equidade, assim entendida, equivale ao abandono puro e simples do princípio da legalidade estrita, como o demonstram amargamente as experiências totalitárias deste século. Recorde-se a apelação ao “sadio sentimento do povo”, contida na Lei penal nazista de 28.06.1935. Mas pense-se, também, na apelação à “consciência jurídica socialista”, como fonte do direito penal no Decreto soviético de 30.11.1918 (“Os tribunais do povo aplicarão os decretos do governo dos operários e camponeses. Em caso de faltarem ou serem incompletos tais textos legais, guiar-se-ão por sua consciência jurídica socialista”) e seus desenvolvimentos substancialistas nas codificações de 1922 e

de 1926, que definiram o delito como “ação socialmente perigosa”, mais além de sua previsão legal; em tempos mais recentes, na indicação da “linha de massa” no art. 25.3 da Constituição chinesa de 1975, como critério de identificação dos delitos. Estas idéias agradaram também, durante o fascismo, a algum jurista italiano, que auspicou sua adoção em nossa legislação. Limito-me a recordar – além de Giuseppe Maggiore, que teorizou, nas passagens aqui reproduzidas na nota 27 do capítulo 2, o valor de norma fundamental do *Führerprinzip* (*Diritto penale totalitario*, cit., p. 158 e ss.), F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1935, I, 105 e ss. e 116: “Não há qualquer verdadeira razão pela qual um ato socialmente lesivo, não expressamente previsto na lei penal, não possa ser punido. Que os primeiros em sacudir tal preconceito foram os russos é uma verdade que se deve reconhecer e da qual não é necessário extrair excessivas razões de desconfiança. Sob o ponto de vista jurídico, a Revolução russa representa o cabo extremo daquele movimento de reação contra o monopólio legislativo que caracteriza o nosso século... A idéia simples e decisiva é que, se nos fiarmos no juiz para formar o comando penal quanto à sanção, não há motivo para não nos fiarmos dele também quanto à formação do preceito”. Sobre estas orientações, encadeadas à admissão da analogia *in malam partem* em matéria penal, cf. também o parágrafo 28.5.

⁽¹⁰⁷⁾ Esta fundamentação epistemológica da tradicional distinção teórica entre “elementos constitutivos” e “circunstâncias” do delito é essencial, como se verá analiticamente na terceira parte, para configurar os primeiros quatro limites, condições ou “garantias penais” do exercício do poder punitivo.

⁽¹⁰⁸⁾ Tais são as circunstâncias enumeradas (mas não definidas) pelo art. 133 do Código Penal italiano, como aquelas que “o juiz deve ter em consideração” para valorar “a gravidade do delito” para os fins do “exercício do poder discricionário” de determinação da medida da pena: a “natureza”, a “espécie”, os “meios”, o “objeto”, o “tempo”, o “lugar” e “qualquer outra modalidade de ação”; a “gravidade do dano ou do perigo causado”; a “intensidade do dolo” ou o “grau da culpa”; os “motivos para delinquir” e o “caráter do réu”; os “antecedentes penais e judiciais”, a “conduta e a vida do réu, anteriores ao delito”, a “conduta contemporânea ou subsequente ao delito”; as “condições de vida individual, familiar e social do réu”. Em todos os casos, prescreve o art. 132, o juiz “deve indicar os motivos que justificam o uso” de seu “poder discricionário” de determinar a pena “dentro dos limites fixados na lei”.

⁽¹⁰⁹⁾ Arts. 61 e 62 do Código Penal italiano.

⁽¹¹⁰⁾ Art. 62-*bis* do Código Penal italiano: “O juiz, com independência das circunstâncias previstas no art. 62, pode tomar em consideração outras circunstâncias diversas, quando as considere apropriadas para justificar uma diminuição da pena”.

⁽¹¹¹⁾ Aristóteles, *Ética Nicomachea*, cit., V, 10, p. 155-156.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 156.

⁽¹¹³⁾ Veja-se sobretudo E. B. Pasukanis, *Obscure teoria prava i marksizm* (1927), trad. it. de U. Cerroni, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in P. I. Stucka, E. B. Pasukanis, A. J. Vysinskij, M. S. Strogovic, *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 75-238. A busca de uma alternativa antiformalista ao abstrato e concretamente desigual formalismo legalista une muitos dos escritos coletados em P. Barcellona (org.) *L'uso alternativo del diritto*, cit.; cf. sobretudo U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, *ibidem*, p. 1-12; B. De Giovanni, *Significato e limiti del 'riformismo giuridico'*, *ibidem*, p. 251-269; G. Cotturri, *L'ideologia della separazione e il recupero dell'analisi del reale*, *ibidem*, II, p. 87-94; e também o meu *Magistratura democratica*, cit., onde a exigência antiformalista da equidade se expressa pela primazia atribuída à compreensão do fato relativamente à sua qualificação jurídica e pela repulsa, devido à incompreensão do nexo aqui esclarecido entre equidade e legalidade, do modelo “abstratizante” da subsunção (*ibidem*, p. 115 e ss.).

⁽¹¹⁴⁾ Cf. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956; *idem*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it. de S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Esi, Napoli, 1983; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymans, Köln, 1968; F. Müller, *Juristische Methodik*, Duncker, Berlin, 1971. Sobre a hermenêutica jurídica e seus ascendentes filosóficos em Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Bultmann e Gadamer, veja-se L. De Ruggiero, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Jovene, Napoli, 1977; *idem*, *Il giudice e la legge: un problema aperto. Sul concetto di precomprensione, Politica del diritto*, XV, 1984, 4, p. 577-598; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti*

filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer, Giuffrè, Milano, 1984; idem, *Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984; idem, *Per una metodologia post-política della prassi giudiziale*, *Politica del diritto*, XV, 1984, 4, p. 599-611.

Parece-me que também no caso da hermenêutica jurídica o antiformalismo e o anti-silogismo dependem da falta de diferenciação entre denotação e conotação na linguagem judicial e na língua legal. Os conceitos de pré-compreensão e de circularidade hermenêutica refletem no fundo uma idéia difundida, expressada em poucas e toscas, mas eficazes palavras por F. Carnelutti, *Trattato del processo civile*, cit., p. 219: o juiz “primeiramente julga e depois raciocina”, quer dizer, manipula “através da interpretação, mais menos engenhosamente, o fato ou a hipótese legal, enriquecendo um ou empobrecendo a outra, até adaptar ao fato uma hipótese na qual, com rigor, o fato não se poderia acomodar”. Na realidade, na que chamei de interpretação operativa, não existe um antes e um depois: o juiz entende, interpreta e denota os fatos em (sua) linguagem jurídica, isto é, nos termos da língua jurídica conotados pelas normas. Mas isto quer dizer somente que a interpretação doutrinal (do significado intensivo ou conotação) das normas – isto é, a posse da língua jurídica mediante a qual os fatos são qualificados ou denotados – é, por assim dizer, pressuposta, salvo se for feita explicitamente de forma argumentada e reflexiva no raciocínio exibido na motivação. Está claro, ademais, que a compreensão judicial do fato afeta imediatamente todas as suas conotações e, tanto quanto consiste na conotação de suas circunstâncias concretas e singulares e não é redutível à verificação de sua denotação legal, não é silogística, formalista, nem legalista. A verificação (ou refutação) continua sendo, contudo, essencial. O fato conotado ou compreendido pelo juiz é sempre e somente o denotado pela lei e não se vê como sua existência ou inexistência possa ser comprovada ou desmentida, senão com base em induções fáticas e deduções jurídicas. Torna-se, ademais, difícil de entender o sentido “pós-positivista” e “pós-político”, associado à orientação hermenêutica por Zaccaria em seu último ensaio aqui citado (p. 602).

⁽¹⁵⁾ “Cognição do fato, aplicação literal da lei: eis aí ao que se reduzem todos os deveres de um juiz” (G. Filangieri, *Riflessioni*, cit., p. 385); “o ofício do juiz não consiste mais do que em assegurar um fato”, quer dizer, em “examinar se tal homem realizou ou não uma ação contrária às leis” (C. Beccaria, ob. cit., XIV, p. 35 e IV, p. 15). É sobre esta redução do juízo à denotação ou verificação da existência ou inexistência do fato e sobre a conseqüente exclusão da conotação ou compreensão de suas circunstâncias concretas e específicas que se baseia, como se tem visto, a concepção mecanicista da aplicação da lei, que foi própria de todo o pensamento iluminista (cf. *supra* as notas 10, 16, 21, 24 do capítulo I, e nota 8 deste capítulo). Está claro que esta concepção, se vale para configurar o juízo como mero silogismo, não deixa espaço algum à equidade. A equidade, diz Filangieri, nada mais é do que o “misterioso achado, apropriado para ocultar a injustiça”, ao qual recorre “o ambicioso magistrado”: “Para ampliar os limites de seu poder, para ocultar o sacrílego atentado que comete contra as leis, fazia falta que pedisse ajuda a uma equidade arbitrária, cuja cômoda flexibilidade fosse apropriada para receber todas as impressões de sua vontade... Equidade, interpretação e arbítrio não são mais do que vozes sinônimas” (ob. cit., p. 380-382). E Montesquieu reserva a equidade somente aos Estados monárquicos, excluindo-a para os republicanos, onde se exige que “les juges suivent la lettre de la loi” (*De l'esprit*, cit., VI, 3 e 4, p. 311-312).

A aspiração a “um código fixo de leis, que se deve observar literalmente” e que “não deixa mais faculdades ao juiz, senão a de examinar e julgar as ações dos cidadãos, se estão ou não de conformidade com a lei escrita” (C. Beccaria, ob. cit., IV, p. 17), choca-se irremediavelmente, contudo, com a impossibilidade de que as leis tenham “diante dos olhos todos os casos particulares que se devam nela compreender”, de modo que “um destes casos, que escape aos olhos do legislador, a torna imperfeita” (G. Filangieri, ob. cit., p. 391). Este nó não desatado da relação entre o geral e o particular, entre o abstrato e o concreto, entre denotação e conotação, entre língua e linguagem, é o vício de fundo da epistemologia iluminista, que exclui não apenas a equidade, mas até o próprio silogismo. Nenhuma técnica de formulação das leis, por rigorosa que seja, pode reparar este vício, como demonstram as aporias das teses iluministas na indicação mesma das condições necessárias para assegurar a “clareza”. Assim, se para Bentham “tudo o que contribui para a brevidade contribui também para a clareza” das leis (*Vue générale d'un corps complète de législation*, cap. XXXIII, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 339), para Filangieri “a multiplicidade das leis é um mal”, mas um mal “menor” e “convém tolerá-lo para evitar com isso um maior, que é o de permitir que os magistrados julguem arbitrariamente casos não compreendidos

nas leis” (ob. cit., p. 390-391); e para Hobbes “as leis escritas, se são breves, podem ser facilmente mal interpretadas; e se são longas, serão ainda mais obscuras, devido à diversidade de significados que se devem dar a muitas palavras” (*Leviatano*, cit., XXVI, p. 226-227).

⁽¹¹⁶⁾ Cf. a passagem kantiana reproduzida na nota 98. Esta idéia da inflexibilidade da lei é um corolário da tosca epistemologia iluminista: recorde-se o modelo do juiz “inanimado”, “boca” ou “órgão da lei”, propugnado por Montesquieu e Filangieri, nas passagens citadas na nota 16 do capítulo 1. O último estigmatiza, assim, “aquele funesto arbítrio dos juizes, que entre nós se chama equivocadamente equidade”: se a lei “é inflexível, deve sê-lo também o juiz: se não conhece o amor, o ódio, o temor, nem a piedade, o juiz deve do mesmo modo não conhecer estas paixões. Aplicar o fato à lei é o único objeto de seu ministério; nem pode inclinar-se a uma das partes, sem faltar gravemente para com sua obrigação. Se tem um coração sensível e uma alma fácil de se apaixonar, estes são inimigos da justiça, e deve fazer os maiores esforços para deixá-los, ao entrar pela porta do templo de Temis. A imparcialidade de seu juízo pede certa firmeza de ânimo e insensibilidade de coração, que seria culpável em qualquer outro assunto” (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XX, p. 480). Sobre a base destas premissas, Filangieri chega, inclusive, a propor que se proibam “os arroubos da eloquência”, que são “objeto da arte oratória do foro”: “Não entendo porque se deva punir o defensor de um réu que procura corromper o juiz com dinheiro, e se deva permitir que o engane usando de uma eloquência patética. Os meios são diferentes, mas os efeitos são os mesmos. A lei deveria ver em ambos os casos um rebelde que procura destruir seu império” (ibidem).

⁽¹¹⁷⁾ *Ética Nicomachea*, cit., VI, 11, 1143a, p. 178: “O chamado juízo, em virtude do qual dizemos que alguém tem bom juízo e que é compreensivo, é o discernimento reto do equitativo. Sinal disso é que chamamos compreensivo, sobretudo, o equitativo, e equitativo o ter compreensão sobre algumas coisas, e juízo compreensivo o que discerne corretamente o equitativo”. Para Tomás de Aquino, que cita a *Ética* de Aristóteles, a prudência forma, portanto, a natureza específica do juiz: “Vis autem cognoscitiva per prudentiam perficitur. Ergo iudicium magis pertinet ad prudentiam quam ad iustitiam” (*Summa Theologica*, cit., IIa, IIae, quaestio LX, art. 1).

⁽¹¹⁸⁾ D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., liv. II, parte II, e liv. III, partes II e III; A. Smith, *The theory of moral sentiments*, cit. Sobre as noções de “simpatia” e de “compreensão” em Hume e em Smith, veja-se L. Bagolini, *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*, Giappichelli, Torino, 1966, em particular p. 36 e ss., 46, 116 e 146; idem, David Hume e Adam Smith, *Elementi per una ricerca di filosofia giuridica e politica*, Patron, Bologna, 1979.

⁽¹¹⁹⁾ C. Beccaria, ob. cit., XVII, p. 45-46.

⁽¹²⁰⁾ Sobre as interpretações do aparente contraste entre a *Theory* e a *Ricchezza delle nazioni* de Smith – uma baseada sobre o princípio simpatético e a outra no do *self-interest* –, veja-se a resenha crítica dos trabalhos sobre o pensamento filosófico e econômico smithiano em L. Bagolini, *La simpatia*, cit., p. 133-138.

⁽¹²¹⁾ L. Bagolini, ob. cit., p. 116 e 46.

⁽¹²²⁾ Ibidem, p. 117-118.

⁽¹²³⁾ *Reticorica*, cit., I, 13, 1374b, p. 68: “Ser indulgente com as coisas humanas é também de equidade. É olhar não a lei, mas o legislador. E não a letra, mas a intenção do legislador, e não o fato, mas a intenção, e não a parte, mas o todo; nem como é o acusado no momento, mas como sempre foi, ou na maioria das vezes. E o recordar-se mais dos bens do que dos males recebidos, e mais dos bens recebidos do que do que se tem feito. E o suportar a injustiça recebida. E o proferir a solução mais pela palavra do que pelas obras. E o querer acudir melhor a uma arbitragem do que ao juízo, porque o árbitro está atento ao equitativo, mas o juiz à lei e por isso se inventou o árbitro, para dominar a equidade”.

⁽¹²⁴⁾ *Ética Nicomachea*, cit., V, 10, 1138a, p. 156. Esta idéia da equidade é expressada eficazmente por P. I. Lauzé Di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 64-65: “Magistrados! Se exerceis uma profissão, abri o livro das leis, elegei o título que se deva aplicar e condenai indistintamente qualquer homem, de qualquer idade. Mas se exerceis um ministério generoso e augusto, necessário à sociedade e não funesto para os indivíduos, uni à equidade das leis, à equidade sistemática que, enquanto destinada a casos ignorados, não pode ser mais do que inflexível e mecânica, outra equidade, a do homem moral, que decide sobre o destino de outros homens morais: valorai como ele as diferenças, julgai o caso que se vos apresenta; permaneí sempre nos limites que a lei tem determinado, sede fieis às classificações, a todos aqueles primeiros lineamentos em esboço que a lei vos deu por norma; mas recordai que está reser-

vado à vossa respeitável arte ampliar um pouco certos ângulos, suprimir certas escabrosidades, dar-lhes ao esboço o colorido, acrescentar à fria precisão certa graça mais doce, certas formas menos rudes, uma verdade mais natural, que exige a justiça nos juízos relativos aos homens e da qual a lei não tinha necessidade, quando se limitava a prever, a decidir indiretamente e a julgar um homem em abstrato. A lei pune igualmente o mesmo delito... Mas a lei deixa sempre alguma amplitude aos juízes, que de outro modo não seriam já juízes, e a deixa para que diminuam a pena, quando se trata de punir o erro de um desgraçado”: os juízos seriam, com efeito, iníquos, “se se confundissem a idade e os caracteres dos culpados, se tantos fatos não similares fossem considerados como perfeitamente similares; em uma palavra, se se tratassem igualmente dois culpados, cuja conduta tenha tido princípios tão distintos”.

⁽¹²⁵⁾ Refiro-me à opção, informada pelo *favor rei*, que inspira, ademais do princípio *in dubio pro reo*, na valoração das provas aos fins da decisão sobre a verdade fática (cf. *supra* as notas 25 do capítulo 2, e 45 e 50 deste capítulo), também as máximas equitativas sobre a “benignidade” da interpretação das leis aos fins da decisão sobre a verdade jurídica: “Benignius leges interpretandae sunt” (Celsus, 29 *digestorum*, D. 1.3.18); “Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt” (Gaius, 3 *de legatis ad edictum urbicum*, D. 50.17.56). “Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae” (Hermogenianus, 1 *ad epitomarum*, D. 48.19.42). Cf. também Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XXX, art. 1: “Vera iustitia non habet dedignationem, scilicet ad peccatores, sed compassionem”; Voltaire, *Commento*, cit., I, p. 608: “Onde falta a caridade, a lei é sempre cruel”.

⁽¹²⁶⁾ Do fato de que a incompreensão exija a simpatia para a pessoa julgada deriva que a antipatia seja um fator de incompreensão e, portanto, de deformação do juízo. Por isso, a concepção do acusado como inimigo, que caracteriza o que Beccaria chama de “processo ofensivo” (ob. cit., XVIII, p. 46) e de que se falará no parágrafo 54, é ao mesmo tempo iníqua e irracional.

⁽¹²⁷⁾ A equidade ou compreensão equitativa das diferenças é o fundamento do poder assinalado ao juiz de não considerar a imputabilidade do menor de 18 anos e maior de 14, quando reconheça sua concreta e específica imaturidade. Todo o direito penal de menores, ademais, está informado por critérios substancialistas de equidade dirigidos a favorecer o réu.

⁽¹²⁸⁾ As “atenuantes genéricas” – introduzidas no Código Zanardelli de 1889 (art. 59) para dar relevo, como disse a Exposição, a “todas as circunstâncias que diminuam de algum modo a responsabilidade do delito e que o legislador não tem meio de enunciar e definir completamente – foram suprimidas pelo Código Rocco de 1930 e reestabelecidas pelo Decreto Legislativo 28, de 1.º de setembro de 1944”. Vittorio Frosini chama de “agravantes genéricas” os aumentos de pena previstos por algumas leis para alguns delitos, com a fórmula genérica “nos casos mais graves” (ob. cit., p. 77-78, nota 45). Contudo, trata-se de casos específicos e limitados, que não permitem falar de um poder geral de endurecimento das penas, análogo ao poder de mitigação das penas, concedido ao juiz em relação às circunstâncias particulares, por ele revisáveis em qualquer delito.

⁽¹²⁹⁾ De “poder de disposição” e de “processo dispositivo”, como alternativo ao “processo de comprovação”, fala, se bem que em referência limitada ao direito e ao processo civil, F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 59, 154, 156; idem, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 30-33.

⁽¹³⁰⁾ Neste critério, embora sem coincidir com ele, ressoa o eco do “princípio de refutabilidade”, indicado por Popper como parâmetro da cientificidade das teorias. Este, na realidade, se refere a teses teóricas, que são proposições gerais ou universais, jamais verificáveis de uma vez para sempre e formuladas frequentemente em linguagem não observante; por sua vez, o critério aqui proposto se refere a proposições de forma particular ou existencial, só confirmáveis ou refutáveis mediante provas, se consistirem de afirmações unívocas sobre fatos determinados e não de juízos de valor.

⁽¹³¹⁾ “Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit... Etiam illud recte positum est; *optimam esse legem, quae minimum relinquit arbitrio iudicis*: id quod *certitudo* ejus praestat” (F. Bacon, De dignitate et augmentis scientiarum, liv. IX, 1623, in *Works*, cit., I, liv. VIII, cap. III, aforismo 8, p. 805).

⁽¹³²⁾ Alguma referência à abundante literatura sobre o tema está contida na nota 52 do capítulo 12.

⁽¹³³⁾ Basta ler as sentenças sobre a matéria: “O beijo pode concretizar ou não uma ação libidinosa e, portanto, um ato obsceno, segundo o impulso que o tenha determinado e o modo em que se dá, no sentido de que pode ser a expressão de afeto perfeitamente puro, como o do filho à mãe

ou da mãe ao filho, ou bem manifestação de amizade, de reverência, quanto manifestação de luxúria. A apreciação concreta é incontornável no nível de cassação, quando tenha sido motivada apropriadamente” (Cass., Seção III, 24.03.1959; Seção III, 16.10.1969); “O sentimento comum (do pudor) é o sentimento resultante da média dos sentimentos dos cidadãos (critério sociológico médio), pelo que é preciso, de um lado, ter presentes os sentimentos de quem mostra escassa adesão aos valores morais e, por outro, os sentimentos de quem respeita as normas da urbanidade, e depois realizar a média entre os dois extremos, com o fim de obter a medida normal” (Cass., Seção VI, 15.01.1971). Sobre a noção de “lugar exposto” ou “aberto ao público”, vejamos as sentenças Cass., Seção III, 12.10.1960 e 27.09.1979, segundo as quais é também “um automóvel estacionado de noite na via pública”, e Cass., Seção II, 16.11.1955, que considerou “lugar aberto ao público”, inclusive, a “cela de uma prisão”.

⁽¹³⁴⁾ Este poder-dever de opor a inconstitucionalidade das leis torna duvidoso, inclusive, como mostrarei no parágrafo 61.3, que se possa falar, com rigor, de submissão do juiz à lei. Cf. sobre o tema S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, *Mondoperaio*, 1984, 6-7, p. 26 e ss.

⁽¹³⁵⁾ Voltarei amplamente sobre o ponto nos parágrafos 37.5, 57.5 e 59.3. “Com efeito, o que é um juiz?” – perguntava P. I. Lauzé Di Peret, ob. cit., p. 36-37, “que julga de modo diverso do disposto na lei? É o inimigo do infeliz que se apresenta à sua frente; é o inimigo poderoso, tranquilo, inexorável, de um homem sem defesa, homem envilecido; é um ataque, uma ofensa, uma violência, não um juízo. E mais: que confusão de poderes! O magistrado seria, por sua vez, legislador, posto que faria uma lei; soberano porque a aprovaria; e juiz porque faria sua aplicação. Seria ainda mais, posto que seria um simples indivíduo do corpo social, mas que, com independência deste corpo, decidiria sobre o destino dos demais indivíduos, dos quais aquele se compõe, sem prestar contas disso a nenhum deles. Seria uma espécie de ditador sem risco público, um ditador, como pode chegar a ser um homem pelo emprego da força, mas que não pode exercer sua ditadura pacificamente e à sombra das leis”.

⁽¹³⁶⁾ “Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.” (“O juiz que se recusa a julgar, sob o pretexto de omissão, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser considerado culpado de denegar a justiça.”)

⁽¹³⁷⁾ Sobre os princípios gerais do direito, vejamos V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXI, 1941, fasc. I-IV, p. 41-63, 157-181 e 230-264; idem, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 201-224; N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, *Novissimo digesto italiano*, cit., XIII, 1966, p. 887-896; G. Tarullo, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 382 e ss.; R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), trad. it de G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 90 e ss.; S. Bartole, *In margine a ‘taking rights seriously’ de Dworkin*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, X/1, 1980, p. 185 e ss.; idem, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXV, 1986, p. 494-533; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982; M. Jori, *Sagge di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, cap. VI; L. Gianformaggio, *L’interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazioni basate su principi*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1984, I, p. 65-103; E. Pattaro, *Alle origini della nozione ‘principi generali del diritto’*, *Soggetto e principi generali del diritto. Atti del XV congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, 1985, Giuffrè, Milano, 1987, p. 35 e ss.; R. Guastini, *Sui principi del diritto*, ibidem, p. 67 e ss.; J. Wroblewski, *Justification through principles and justification through consequences*, *Reason in law*, cit., p. 129-161; U. Scarpelli, *Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale*, ibidem, p. 256 e ss.; idem, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, *Rivista di Filosofia*, 1987, I, p. 3-15.

⁽¹³⁸⁾ N. Bobbio, ob. cit.

⁽¹³⁹⁾ Sobre o cognitivismo jurídico e sobre o anticognitivismo ético de Beccaria e em geral do pensamento jurídico iluminista, cf. as notas 8, 115 e 116 deste capítulo, e 23 e 26 do capítulo 4.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf., *infra*, os parágrafos 21.3, 27.2, 35.5 e 36.3.

NOTAS DO TRADUTOR

^{NT1} Código Penal brasileiro, art. 155, § 4.º, IV: se o fato for praticado "mediante concurso de duas ou mais pessoas".

^{NT2} Não é prevista essa modalidade de furto qualificado no Brasil. Poder-se-ia pensar, no entanto, na modalidade de furto qualificado pelo rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, I), que se sujeita às mesmas ponderações do texto.

^{NT3} Embora o Código Penal brasileiro defina, no art. 233, o delito de ato obsceno, não indica qualquer outro elemento que possa esclarecer acerca da natureza deste ato.

^{NT4} O Código Penal brasileiro, no seu art. 331, vale-se da mesma técnica e da mesma expressão.

II

AXIOLOGIA.
AS RAZÕES DO DIREITO PENAL

OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

ANA PAULA ZOMER

SUMÁRIO: 13. CUSTOS E OBJETIVOS DO DIREITO PENAL: 1. Os custos da justiça e da injustiça; 2. Doze questões em tema de justificação; 3. Doutrinas de justificação, modelos axiológicos e modelos históricos de direito penal – 14. JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E LEGITIMAÇÃO INTERNA: 1. Ponto de vista normativo externo e ponto de vista normativo interno: justiça e validade; 2. Dois filões históricos da cultura penalista: a separação e a confusão entre direito e moral; 3. As vias do substancialismo – 15. A SEPARAÇÃO ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL: 1. A transformação iluminista de direito e moral em universos laicos na origem do Estado de direito moderno; 2. Três teses teóricas em tema de separação entre direito e moral. O formalismo jurídico; 3. Três teses axiológicas em tema de separação entre direito e moral. O utilitarismo jurídico – 16. A CONFUSÃO PÓS-ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL: 1. O “paradoxo hobbesiano” e a fundação jusnaturalista do Estado de direito enquanto sistema positivo; 2. A regressão ideológica da cultura jurídica do século XIX. O substancialismo jurídico; 3. A renúncia técnico-jurídica ao ponto de vista externo. O formalismo ético – 17. SE, PORQUE, QUANDO E COMO PUNIR, PROIBIR E JULGAR: 1. Os fundamentos filosóficos do garantismo penal. Análise de um problema; 2. O ponto de vista externo da filosofia do direito e os seus reflexos internos; 3. Modelos de justiça e modelos de legalidade.

13. CUSTOS E OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

1. Os custos da justiça e da injustiça

Como já dissemos, o direito penal é uma técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação. Tal técnica, independentemente do modelo normativo e epistemológico que a inspire, manifesta-se através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais. As restrições são três, e correspondem, em igual número, aos momentos da técnica punitiva, ou seja, aqueles que analisarei, separadamente, nos capítulos sétimo, oitavo e nono, dedicados, respectivamente, à *pena*, ao *delito*, e ao *processo*. A primeira delas consiste na definição ou *proibição* dos comportamentos legalmente classificados como desviantes, e, portanto, em uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. A segunda, por sua vez, con-substancia-se na sujeição coercitiva ao *juízo* penal de todos aqueles suspeitos de haver violado as proibições penais. A terceira, por derradeiro, identifica-se na repressão ou *pu-*

nição daqueles que tenham sido julgados culpados de haver perpetrado uma das violações supramencionadas.¹

Este conjunto de constrações representa um custo que deve ser justificado, vez que pesa não apenas sobre os culpados, mas também sobre os inocentes. Embora todos estejam sujeitos às limitações da liberdade de ação prescritas nas proibições penais, nem todos, e nem mesmo somente aqueles culpados pela violação destas vêm-se sujeitos ao processo e à pena. De fato, muitos destes subtraem-se ao julgamento e, principalmente, à condenação, sendo que, em muitos casos, inclusive, inocentes são obrigados a suportar um julgamento, ou até mesmo o cárcere e o erro judiciário em razão da inevitável imperfeição e falibilidade de cada sistema penal.

Ao *custo da justiça*, que depende das escolhas penais do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores –, soma-se um altíssimo *custo de injustiças*, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal; àquela que os sociólogos chamam de “cifra obscura” da criminalidade – formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes – adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados, e, às vezes, punidos.

Chamarei *cifra da ineficiência* à primeira,² e *cifra da injustiça* à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se submetido ao processo e, não poucas vezes, à encarceração preventiva;³ b) os inocentes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em grau de revisão criminal;⁴ c) as vítimas, cujo número restará sempre ignorado – verdadeira cifra negra da injustiça – dos erros judiciais não reparados.

Refletindo sobre o peso destes custos, compreende-se a centralidade que o direito penal ocupa na caracterização de um ordenamento jurídico e do sistema político que através deste se expressa. No tratamento penal manifesta-se – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a “cifra da injustiça”, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das ga-

rantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro. E, ao menos no que tange aos ordenamentos modernos, quanto mais cresce o Poder Judiciário das disposições já evidenciadas, tanto maior se tornam a ilegitimidade jurídica e a injustificabilidade política. O problema da *justificação*, portanto, se confunde, em larga escala, com o problema do *garantismo*, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento.

2. Doze questões em tema de justificação

Bastariam estas poucas considerações para fazer-nos entender como o problema da justificação do direito penal é, na realidade, um conjunto de problemas, cuja distinção, segundo um esquema lógico, é tarefa da análise filosófica. Quer-me parecer que este possa ser utilmente dividido em três subquestões, as quais, grosso modo, corresponderiam aos três tipos de constrição penal identificados no início deste trabalho. A primeira é aquela clássica no pensamento jurídico-filosófico, da justificação generalizada do direito de punir, vale dizer, da *pena*. A segunda diz respeito à justificação das escolhas que antecedem à definição dos pressupostos das penas, ou seja, dos eventos classificados como delitos. A terceira, por seu turno, refere-se à justificação das formas e dos procedimentos de individuação dos delitos e aplicação das respectivas penas, isto é, do *processo penal*.

Cada uma destas questões, por sua vez, pode ser descomposta em quatro outras perguntas mais específicas, concernentes ao *se*, *como*, *quando* e *porquê* da intervenção penal. Teríamos, assim, quatro ordens de questões relativas à admissibilidade, à finalidade, aos pressupostos e às formas das penas, das proibições e dos juízos penais, ou, em outras palavras, *se, como, quando e por que punir, se, como, quando e por que proibir, se, como, quando e por que julgar*. As doze indagações estão amplamente ligadas entre si. Assim é que aquelas relativas ao “se” são prejudiciais a todas as outras; as relativas ao “porquê”, prejudiciais às atinentes a “quando” e “como”; E as que dizem respeito a “quando” e “como proibir”, são, por sua vez, prejudiciais àquelas de “quando punir” e “como julgar”. Historicamente, estas doze perguntas – algumas clássicas, outras deixadas de lado –, receberam as mais variadas respostas. Tais respostas são interessantes não apenas para a história das idéias, mas também em razão da sua imediata relevância na construção dos sistemas penais. Mais, talvez, que em outros setores institucionais, as várias culturas jurídico-filosóficas tiveram sempre uma direta incidência prática na configuração das formas e das estruturas das instituições punitivas e de reflexo na ciência jurídico-penalista. Isto vale, certamente, para a tradição do direito natural, do qual já se disse que “caso este alguma vez tenha tido um particular grau de valor no âmbito do direito, este âmbito foi o do direito penal”;⁵ Vale, igualmente, para outras tradições – éticas, positivistas, idealistas e espiritualistas – que exercitaram influências não menos profundas e duradouras, seja na ciência seja na legislação e na prática penal. Diria, ao invés, que na história do direito penal jamais aconteceram reviravoltas ou reformas, progressivas ou regressivas, que não tenham sido acompanhadas e sustentadas pela elaboração de doutrinas ou concepções ético-políticas filosoficamente caracterizadas ao redor do objetivo da pena ou de qualquer outro dos problemas supramencionados.

Essas diversas doutrinas podem, portanto, ser vistas – salvo aquelas abolicionistas, que sustentam ser a pena injustificável – como teorias justificadoras, de objetivos e, às vezes, de formas e conteúdos diversos do direito penal, como diferentes respostas axiológicas a todas ou a algumas das perguntas anteriormente formuladas. É por isso que a reflexão a respeito das mesmas, e também a respeito da problemática filosófica da justificação em geral, possui, ainda hoje, um imediato interesse teórico. A historiografia, bem como a teoria do direito penal e a ciência da legislação estão realmente interessadas em identificar as interações entre as diversas doutrinas da legitimação que foram ou possam vir a ser elaboradas e os diversos modelos de direito penal ilustrados nos capítulos anteriores, seja para retificar o modelo escolhido em relação ao tipo de justificação, ou, se quisermos, de justiça idealmente perseguido, seja para precisar a forma de justificação, ou, desejando, de justiça almejada em relação aos modelos realisticamente praticáveis.

3. Doutrinas de justificação, modelos axiológicos e modelos históricos de direito penal

No curso da análise das diversas indagações que se colocam atrás da clássica questão “por que punir?”, mostrarei como a alternativa ilustrada nos capítulos precedentes, entre modelo garantista ou cognitivo e modelos autoritários ou decisórios de direito penal; constitua reflexo das diversas respostas historicamente fornecidas às questões do porquê, do quando e do como da intervenção penal e das correspondentes justificativas metajurídicas, filosóficas ou, ainda, ético-políticas.

Tais respostas, como dito no início, e como veremos adiante, no que tange aos institutos penais individualmente considerados, vêm dispostas dentro de um esquema tendencialmente dicotômico, vez que as concepções substancialistas e variadamente ético-correicionais da finalidade da pena são, no mais das vezes, solidárias com concepções igualmente substancialistas do delito e da verdade judiciária, e, por que não dizer, com concepções formalistas do delito, da pena e da verdade processual. Deste modo será possível reconduzir as diversas doutrinas filosóficas em tema de justificação do direito penal a dois filões antitéticos do pensamento penalista, quais sejam: aquele convencional e empirista, próprio da tradição garantista e da tendência aqui denominada ao “direito penal mínimo”, que vê suas ascendências em Pufendorf, em Thomasius e, sob alguns aspectos, até mesmo em Hobbes, e suas máximas expressões nos iluministas do século XVIII e na Escola Clássica italiana do século passado; e aquele substancialista ou ontológico, que, sendo, sem sombra de dúvida, historicamente prevalente, inspira, ao contrário, a tradição autoritária e a tendência ao “direito penal máximo”, e deita raízes no obscurantismo penal pré-moderno, refluorescendo com a reação antiiluminista desenvolvida na segunda metade do século passado, em sintonia com projetos sociais disciplinares, correicionais, policialescos, ou, de qualquer outra forma, não liberais. Mostrarei, pois, na quarta parte deste livro, que nos modernos Estados constitucionais de direito e, particularmente naquele italiano, estas duas contrastantes tendências se fazem presentes, e manifestam-se uma no âmbito do “dever ser” normativo e a outra no âmbito do “ser” efetivo do ordenamento jurídico.

14. JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E LEGITIMAÇÃO INTERNA

1. Ponto de vista normativo externo e ponto de vista normativo interno: justiça e validade

De “legitimidade” e de “legitimação” do direito penal – bem como do direito positivo em geral e de suas normas e institutos individualmente considerados – pode-se falar em dois sentidos diversos, quais sejam naquele de “legitimidade” e de “legitimação externa” e naquele de “legitimidade” e “legitimação interna”.

Por *legitimação externa* ou *justificação* refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por *legitimação interna* ou *legitimação em sentido estrito* refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às *razões externas*, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas *razões internas*, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre *justiça* e *validade*. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como “justos” em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como “válidos”, ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos. Em se cotejando a distinção entre justiça e validade com aquela entre legitimação externa e interna, parece-me preferível esta última por duas razões: primeiramente, estas duas expressões são mais genéricas, identificando não apenas “valores” mas, inclusive, e de forma mais ampla, “pontos de vista” normativos; ao depois, porque são menos comprometedoras, vez que não fazem menção a qualquer das doutrinas existentes, positivistas ou jusnaturalistas, sobre a validade e a justiça. “Legitimação externa” ou “justificação” (do direito), particularmente, possuem um significado mais extenso e menos comprometido do que aquele de “justiça”, abrangendo não apenas valores ou razões ético-políticas, mas, também, qualquer “boa” razão metalegal, ou até mesmo somente política, de oportunidade, de interesse ou de funcionalidade prática.⁶

Necessário precisar, desde já, que a nossa distinção entre ponto de vista ou legitimação interna e ponto de vista ou legitimação externa não coincide com aquela, não menos importante, formulada por Herbert Hart, entre “ponto de vista interno” ou jurídico da validade, e “ponto de vista externo” ou sociológico da efetividade ou da explicação causal.⁷ Com efeito, o ponto de vista externo da legitimação é totalmente diverso daquele, também externo, da observação e da explicação. O primeiro é um ponto de vista axiológico ou deontológico; o segundo é um ponto de vista sociológico, e, no que diz respeito ao direito penal mais precisamente, criminológico. Um se expressa por prescrições ou justificações que fazem referência a *interesses* ou *valores*, não sendo, portanto, verdadeiros nem falsos; o outro, por via de descrições e assertivas que fazem menção a *atos*, sendo, portanto, em princípio, suscetível de verificação ou de falsificação empírica. Nem sempre, quando se afronta o problema da “função” ou das “razões” do direito penal, tais pontos de vista distinguem-se com clareza. A palavra “função” (não menos do que a palavra “razão”) é, com efeito, equívoca, podendo ser utilizada e compreendida quer em sentido prescritivo quer

em modo descritivo.⁸ No primeiro sentido designa as finalidades que *devem ser* perseguidas pela pena a fim de tornar justificável o direito penal; no segundo, contempla as finalidades que de fato *são* perseguidas pelas penas bem como os resultados por estas concretamente obtidos.⁹ Neste livro a usarei somente com este segundo significado, vez que, para designar o seu sentido normativo, utilizarei a palavra “fim”.

2. Dois filões históricos da cultura penalista: a separação e a confusão entre direito e moral

No parágrafo 23 tornarei, de forma mais difusa, a falar sobre a profunda diferença existente entre estes dois pontos de vista externos, bem como sobre as falácias que a confusão dos mesmos pode provocar. No momento, basta dizer que dos três pontos de vista até agora identificados – aquele interno da *validade*, aquele externo da *justiça* e aquele externo da *efetividade*¹⁰ – somente os dois primeiros dizem respeito ao problema (axiológico) da legitimação, e que, se a confusão entre os dois últimos é fruto de um equívoco que vanifica a questão da justificação, colocando-a sob aquela da explicação, a confusão entre os dois primeiros está na base de uma das respostas possíveis à primeira questão. Na história do pensamento jurídico-filosófico, as doutrinas da justificação do direito penal (e do direito em geral) podem ser divididas em dois grandes filões, quais sejam: as doutrinas que separam a legitimação externa da legitimação interna, ou preferindo, a validade da justiça e o direito da moral, e aquelas que, ao contrário, confundem as duas formas de legitimação, subordinando a legitimação interna à legitimação externa, a validade à justiça e o direito à moral, ou vice-versa.

Destes dois filões, o primeiro, mesmo tendo passado por uma longa encubação no pensamento jusnaturalista da época iluminista, certamente pertence à tradição do positivismo jurídico. A separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral, como veremos no próximo parágrafo, é o resultado de um lento processo de secularização do direito penal desenvolvido no século XVII pelas doutrinas jusnaturalistas de Grócio, Hobbes, Pufendorf e Thomasius e que atingiu a sua maturidade com os iluministas franceses e italianos, bem como com as doutrinas expressamente positivistas de Jeremy Bentham e de John Austin. De qualquer formá, é sobre esta separação que se baseia a concepção formal ou jurídica da validade como algo logicamente independente daquela substancial ou extrajurídica de justiça, que do positivismo jurídico constitui o traço distintivo.

O segundo filão doutrinário é, por seu turno, ambivalente. As doutrinas que confundem as duas formas de legitimação – que, a bem da verdade, são muito raras na sua forma pura e integral¹¹ – distinguem-se, com efeito, segundo o fato de condicionarem, ou não, a legitimação interna àquela externa ou a externa àquela interna. No primeiro caso, inserem-se na tradição do *jusnaturalismo* e do *substancialismo jurídico*, que se caracteriza pela sua concepção substancial ou extrajurídica (não apenas, mas, inclusive, de justiça) da validade, entendida como conformidade a valores de “direito natural” ou “ideais” superiores às normas de direito positivo.¹² No segundo caso, ao contrário, inserem-se na tradição do *legalismo* ou *formalismo ético*, que, por sua vez, caracteriza-se por uma concepção formal e jurídica (não apenas da validade, mas, também) da justiça, e via de consequência, pela assunção) do direito positivo como valor ético ao qual se deve adesão não apenas por razões jurídicas, mas também por razões políticas ou morais.¹³

O que pretendo demonstrar nos próximos capítulos é que a doutrina da separação entre legitimação externa e legitimação interna, resultado das seis teses nas quais virá decomposta no próximo parágrafo, forma, duplamente, o pressuposto teórico e axiológico do modelo penal garantista, vez que esta exclui tanto a autolegitimação ético-política como a heterolegitimação jurídica do direito, exigindo que a sua legitimação política seja somente externa, vale dizer, fundada sobre valores e interesses individuais ou coletivos por ela efetivamente tutelados, e que aquela jurídica seja somente interna, isto é, fundada na lei, do modo mais exclusivo possível, no que tange às fontes, e mais exaustivo no que concerne aos conteúdos, segundo os princípios convencionais e cognitivos da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalização.

Ao contrário, a confusão entre as duas legitimações – interna e externa, jurídica e ético-política – é sempre solidária, quer na versão jusnaturalista, quer naquela ético-legalista, com modelos penais de tipo substancialista e autoritário, tanto quando subordina o direito à moral e, portanto, ignora a fonte positiva do direito em favor de critérios subjetivistas e de opções avaliadoras que, a um só tempo, comprometem os princípios convencionais e cognitivos, como quando, ao contrário, subordina a moral ao direito, e consequentemente legitima, com base apenas em suas fontes legais, os conteúdos das leis, sejam eles quais forem, mesmo que, pela sua indeterminação, deixem livre espaço de disposição ao Poder Judiciário. Frise-se, ainda, que cada modelo substancialista, segundo a hipótese aqui formulada, é, em última análise, caracterizado, em maior ou menor escala, pela confusão entre legitimação interna e legitimação externa.

3. As vias do substancialismo

O nexo que acabamos de instituir entre os modelos de direito penal e as concepções da relação entre direito e moral consente-nos de repetir, no que tange ao problema da legitimação jurídica, o que dissemos no parágrafo 6.3 a respeito das duas versões do princípio da legalidade. A separação da legitimação jurídica, com base nas fontes normativas internas ao direito positivo, daquela ético-política, que, por sua vez, baseia-se em fontes normativas externas a ela, é uma condição necessária mas insuficiente para a fundação de um modelo penal garantista. Trata-se de uma condição necessária (além de largamente implícita nos ordenamentos modernos), na medida em que um sistema processual de tipo cognitivo pressupõe, de qualquer forma, uma predeterminação legal, por parte de uma fonte positiva juridicamente superior, daquilo que o juiz deve reconhecer como delito. Entretanto, não é uma condição suficiente, na medida em que tal predeterminação, em não sendo precisa e rigorosa, deixa espaço livre na determinação daquilo que constitua delito a opções subjetivistas e substancialistas que, como já dissemos, somente o vínculo da estrita legalidade, enquanto regra semântica acerca da exclusividade e da exaustividade das conotações legais, pode, se não excluir totalmente, ao menos minimizar.

Assim, reproduz-se no plano da legitimação um paradoxo oposto e simétrico àquele evidenciado no parágrafo 2.4 a propósito do puro substancialismo jusnaturalista e extralegal. Quanto mais ilimitado for o Poder Legislativo e mais desvinculada a predeterminação legal dos tipos abstratos de delitos – tendo por base as normas que regulam sua validade – das condições de legitimidade, não apenas *formais* e relativas às fontes ou aos procedimentos, mas também *substanciais* ou de conteúdo, mais a determinação judiciária

daquilo que, em concreto, constitua delito recairá sobre critérios arbitrários de tipo substancialista ou, de qualquer forma, não jurídicos. O risco do substancialismo e da confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza está, sim, como demonstrarei analiticamente no parágrafo 28 e no capítulo 8, principalmente naquelas ideologias positivistas e naqueles modelos de direito penal que conferem caráter absoluto – não vinculado, por sua vez, ao respeito substancial do princípio de estrita legalidade e de outras garantias que o mesmo implica – ao poder do legislador de predeterminar os delitos e as penas. Com efeito, ao menos atualmente, não existem doutrinas substancialistas explicitamente jusnaturalistas. As doutrinas que legitimam sistemas penais substancialistas e autoritários – como, v.g., aquelas positivistas do “delinquente natural” e da “defesa social”, ou aquelas subjetivas do “tipo de autor” ou “do direito penal da vontade” – são doutrinas que, principalmente, admitem ou recomendam a inclusão na lei de critérios avaliadores e de referências indeterminadas, em reforço a um princípio de legalidade penal compreendido não em sentido “estrito”, mas em sentido “lato” ou “mero” ou “atenuado”, e que, conseqüentemente, mesmo atrelando à lei a definição de desviação punível, reclamam, de fato, a integração judiciária com elementos extralegais de tipo substancialista e largamente arbitrários, em razão do caráter não taxativo consentido às previsões legais. Enfim, quanto mais absoluto, ou seja, não acompanhado de vínculos de conteúdo, for o princípio de legalidade e quanto menos vinculantes para o legislador forem os critérios de legitimação interna da lei nos conteúdos, menos esta será vinculante na relação com os juízes e maior e mais legítimo será o recurso a critérios de legitimação externa no momento do julgamento.

Por outro lado, mesmo quando o princípio de estrita legalidade ganha força constitucional, vinculando, portanto, também no aspecto substancial, o legislador penal, o arbítrio substancialista do juiz pode vir legitimado toda vez que aquele princípio mostrar-se não efetivo, e sejam as próprias leis, ainda que constitucionalmente viciadas, a consenti-lo. Usemos como exemplo aquele tantas vezes repetido do delito de “atos obscenos”, definido pelo Código Rocco não com uma descrição empírica, mas, sim, com um vago critério de avaliação moral ou sociológica, ou seja, são “‘obscenos’ os atos que, segundo o sentimento comum, ofendem o pudor”. Admitindo que no ordenamento italiano o princípio de estrita legalidade tenha forma constitucional, razão pela qual tal norma não seria anulada se confrontada com a Constituição, do ponto de vista interno é válida ou legítima a sentença penal que assumir qualquer critério de avaliação ético-política, por mais arbitrário ou subjetivo que seja, como fundamento da qualificação de um ato como obsceno, bem como a respectiva condenação. Entretanto, tal avaliação só pode ser feita com referência a elementos extralegais de tipo moral ou social, ou seja, a critérios discricionários de legitimação externa, ainda que contrários ao vínculo constitucional. O mesmo vale para as normas que, no nosso ordenamento, prevêm a “periculosidade social” como pressuposto das medidas de segurança e de prevenção, da custódia cautelar e similares. Mesmo em tal caso, enquanto tais normas não forem declaradas inválidas, vez que contrárias ao princípio de estrita legalidade, em razão do seu caráter vago, são internamente legítimos, vale dizer, formalmente válidos, mesmo que substancialmente arbitrários; os pronunciamentos judiciais que as erigem à categoria de fundamento decisório. E, de qualquer forma, o juízo de periculosidade não pode deixar de fazer referência a elementos substancialistas, de caráter moral ou social, ou natural,

não identificáveis em bases legais, e desta feita legítimas somente do prisma externo, ainda que em violação da garantia da estrita legalidade. Nestes casos, o contraste não é entre julgamento e lei, mas, sim, entre lei e Constituição, e, enquanto não eliminado por meio de uma declaração de ilegitimidade constitucional, não impede a legitimação, por parte da lei, do arbítrio judiciário.

15. A SEPARAÇÃO ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL

1. A transformação iluminista de direito e moral em universos laicos na origem do Estado de direito moderno

A idéia de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral, ou entre o direito “como é” e “como deve ser” é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico. O direito, segundo esta tese, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional –, ou ainda de valores ético-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente.¹⁴ Ainda no mesmo diapasão, tal doutrina, formulada em sentido inverso, exprime a autonomia da moral em relação ao direito positivo, bem como de qualquer outro tipo de prescrição heterônoma e de sua conseqüente concepção individualista e relativista. Os preceitos e os juízos morais, segundo tal convicção, não se baseiam nem no direito e tampouco em qualquer outro sistema positivo de normas – religiosas, ou sociais, ou de qualquer outro modo objetivas – mas, apenas e tão-somente, na autonomia da consciência individual. Ambas as teses supramencionadas constituem uma aquisição basilar da civilização liberal, além de refletirem o processo por meio do qual, no início da Idade Moderna, tornaram-se laicos tanto o direito como a moral, desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores.

No parágrafo 61 da segunda metade desta doutrina – aquela da auto-nomia da moral – que é meta-moral, falarei sobre o fundamento subjetivo da moral e do ponto de vista axiológico externo à mesma, e sobre a exclusão de qualquer forma de absolutismo ou de cognição ética. Para os nossos propósitos é mais diretamente relevante a primeira doutrina, ou seja, aquela da separação entre direito e moral, formulada pelo pensamento iluminista e posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio de legalidade no Estado de direito moderno. Por primeiro analisarei tal doutrina, onde distinguirei os múltiplos significados que à mesma se associam e que, por sua vez, correspondem a outras tantas teses metajurídicas, em parte teóricas, em parte axiológicas, de uma teoria jurídica do garantismo. Mostrarei, desta forma, como o conjunto destas teses, que, *de per se*, exerceram um papel revolucionário na construção política do Estado de direito, enquanto ordenamento operante em função da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, entrou em crise, no século passado, com a consolidação do Estado liberal e com a paralela conversão conservadora da cultura jurídica liberal. Sob ambos os aspectos – teóricos e históricos –, as vicissitudes do direito penal e da cultura penalística são, seguramente, as mais reveladoras, seja porque neste campo o conflito entre poder estatal e direitos fundamentais é mais direto do que em outros setores do ordenamento, seja porque nele é mais estreito o relacionamento entre direito e moral e maior a tentação de confundir as duas esferas.

2. Três teses teóricas em tema de separação entre direito e moral. O formalismo jurídico

Por meio da fórmula “separação do direito da moral” pode-se compreender duas coisas diversas, dependendo da utilização desta em sentido *assertivo* ou *prescritivo*. No primeiro caso, a fórmula é uma tese teórica sobre a autonomia dos juízos jurídicos em relação aos juízos ético-políticos, que interessa, sobretudo, ao *problema jurídico* da legitimação *interna* ou da *validade*. No segundo caso, a mesma constitui um princípio normativo sobre a diversidade de funções e a conseqüente autonomia das normas jurídicas daquelas morais, que diz respeito, essencialmente, ao *problema político* da justificação *externa* ou da *justiça*. Geralmente, estes dois significados, logicamente independentes, ainda que ligados por um prisma histórico e filosófico, não vêm distintos entre si, resultando, pois, na equivocidade da fórmula em razão da confusão que se cria entre princípios, e, também, entre problemas diversos.

Utilizada em sentido *assertivo* ou *teórico*, a fórmula da separação entre juízos jurídicos ou de validade e juízos ético-políticos ou de justiça quer, por seu turno, dizer três coisas. Em primeiro lugar, trata-se de uma *tese meta-lógica* – precisamente uma aplicação da denominada Lei de Hume¹⁵ – que preclui como “falácia naturalista” a derivação do direito válido ou “como é” do direito justo ou “como deve ser” e vice-versa. Proponho que se denominem “*ideologias*” todas as teses e doutrinas viciadas por falácias similares, seja porque trocam o dever ser com o ser, assumindo as normas como juridicamente válidas enquanto eticamente justas, ou porque, vice-versa, trocam o ser com o dever ser, aceitando as normas como eticamente justas enquanto juridicamente válidas. A primeira falácia é aquela que vicia, logicamente, qualquer forma de *jusnaturalismo* ou *moralismo jurídico*; a segunda é aquela que vicia, logicamente, qualquer forma de *legalismo* ou *estatismo ético*.¹⁶ De forma mais geral, por outro lado, a Lei de Hume preclui toda e qualquer forma de obliteração da *divaricação*, fisiológica mas às vezes patológica, que sempre sobrevive entre *normatividade* e *efetividade*, não apenas do ponto de vista externo, ou seja, entre normatividade dos valores de justiça e efetividade do direito positivo, mas, também, nos Estados constitucionais de direito, do ponto de vista interno, vale dizer, entre normatividade das leis ordinárias e efetividade das *práxis* utilizadas na sua aplicação. São exatamente estas divaricações, contrárias às ideologias de legitimação, que minimizam o dever ser sob o ser *do* ou *no* direito, e vice-versa, que serão tematizadas neste livro, nos diversos níveis de discurso em que este se articula, isto é, naquele filosófico dos fundamentos externos do direito penal e dos seus aspectos de injustiça, naquele teórico dos seus fundamentos constitucionais e das suas feições normativas de ilegitimidade, também constitucional, e, por derradeiro, naquele fenomenológico dos seus traços legais e dos seus prismas operativos de invalidade ou de ilegalidade.

Em segundo lugar, e conseqüentemente, a afirmação teórica da separação entre direito e moral é uma *tese científica*, que exclui enquanto constituinte de uma falácia a idéia de que a justiça seja uma condição necessária ou suficiente para a validade das normas jurídicas. “Um dado de fato”, escreve Herber L. A. Hart, reportando-se a John Austin, “que consente aos juristas de possuir uma maior clareza de idéias”.¹⁷ O pressuposto *de fato* desta tese é, obviamente, que o direito mencionado seja inteiramente *positivo*, ou seja, que existam normas positivas sobre a produção de normas jurídicas, de

modo que de cada norma de um ordenamento (excetuada a sua constituição) seja possível pregar a validade ou invalidade, com base em outras normas do ordenamento em si. Tal pressuposto foi concebido com o fenômeno moderno do monopólio estatal das fontes de produção e de convalidação jurídica, verificado na Europa entre o final do século XVIII e o início do século XIX, graças, especialmente, às codificações e às constituições. E pode ser identificado com a incorporação nos “Estados de direito” do *princípio de legalidade*, que é um princípio organizativo com base no qual todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, e, juntamente com uma norma de reconhecimento de todas as normas válidas enquanto produzidas dentro dos ditames formais, às condições e aos poderes legalmente preestabelecidos.¹⁸

Por derradeiro, a afirmação da separação é uma *tese meta-científica* sobre a recíproca autonomia do “ponto de vista interno” (ou jurídico) e do “ponto de vista externo” (ético-político, ou, ainda, sociológico) no estudo do direito. Esta recíproca autonomia é, de uma parte, a condição do desenvolvimento de uma ciência jurídica, enquanto disciplina empírico-descritiva de normas jurídico-positivas desvinculadas da moral,¹⁹ e, de outra, da crítica externa, seja ela sociológica ou ético-política, de um direito positivo, que, por sua vez, é independente dos princípios axiológicos que incorporou. É realmente evidente que somente o abandono de qualquer moralismo jurídico consente à ciência do direito a possibilidade de reconhecer a validade das normas jurídicas com base em parâmetros internos ao ordenamento questionado, independentemente das suas adesões a parâmetros de avaliação externa. Inversamente, somente o abandono de qualquer legalismo ético – ou seja, a negação de qualquer valor apriorístico das normas jurídicas bem como o reconhecimento do seu caráter puramente convencional –, consente à análise política e sociológica de identificar e criticar, com parâmetros externos e não jurídicos, os aspectos de injustiça ou de irracionalidade do direito positivo.

Estas três teses, logicamente inter-relacionadas, mas com significados e níveis diversos, formam a concepção positivista do direito e da ciência jurídica, utilizada também com o nome de *convencionalismo* ou *formalismo jurídico*. Ainda que pacificamente recepcionadas (mesmo que não sempre individuadas) pela atual teoria geral do direito, não o são, como veremos, pela cultura dos juristas, e, em particular, dos penalistas, que nem sempre aceitaram a segunda e tampouco assimilaram de modo satisfatório a primeira e a terceira. A elaboração das mesmas se deve, como já dissemos, ao pensamento iluminista, e é o resultado da secularização do direito e da cultura jurídica que tal pensamento promoveu, nos idos de 1600 e 1700, em constante conflito com as opostas concepções jusnaturalistas e substancialistas – teológicas, moralistas ou naturalistas – do direito. Hobbes opunha-se a sir Edward Coke, dizendo que “não era a sapiência, mas sim a autoridade que fazia as leis”, o qual rebatia, usando a antiga máxima ciceroniana “lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria”.²⁰

Compreende-se como o contraste entre formalismo e substancialismo jurídico, que animou o debate iluminista, tenha uma importância decisiva no direito penal, em que as teses formalistas coincidem com a reivindicação política daquela fundamental garantia que é o princípio de legalidade, no sentido de que não é a moral, ou a natureza, ou a justiça, nem mesmo “aquela *ius-prudentia* ou sabedoria de juízes desordenados, mas, sim, as razões deste nosso homem artificial que é o Estado, bem como o seu comando, que fazem

leis”, conferindo a um comportamento relevância penal.²¹ Ficam, assim, excluídas da “ciência jurídica positiva”, vez que não fundadas empiricamente no direito positivo, todas as várias definições substancialistas do delito através de conotações ontológicas – de tipo moral, natural, político, ou social – antes mesmo que meramente legais, bem como as conexas legitimações ideológicas de direito penal, sobre as quais, como veremos, a literatura penalista é abundante. E, sobretudo, como dissemos no parágrafo 1.4, parecem garantidas, ao menos tendencialmente, com a certeza do direito, a igualdade e a liberdade dos cidadãos, puníveis somente por fatos objetiva e convencionalmente predeterminados, e não por características subjetivas ou por formas ou fatos desviantes não expressamente proibidos pela lei enquanto delitos.

3. Três teses axiológicas em tema de separação entre direito e moral. O utilitarismo jurídico

A mesma doutrina é absolutamente independente da teoria sobre a separação entre direito e moral quando formulada em senso *prescritivo* ou *axiológico*. Sob esta ótica, a separação entre direito e moral, ou entre legitimação interna e justificação externa, é um princípio *político* do liberalismo moderno – meta-jurídico e meta-moral – que serve para fundar a recíproca autonomia entre as duas esferas. O direito e o Estado – segundo esta opção laica e liberal – não possuem nem representam valores enquanto tais, e tampouco devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituir fins em si próprios, justificando-se, somente, por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos e, principalmente, de garantir-lhes os direitos e a segurança. Sob esta segunda formulação a autonomia do direito em relação à moral é uma conquista do *utilitarismo jurídico* iluminista, equivalente a um princípio metajurídico, que, como tal, não é verdadeiro nem falso, e que enuncia um “dever ser” do direito e do Estado, impondo-lhes o ônus da justificação das finalidades utilitaristas externas aos mesmos. Precisamente, tal princípio exige que a imoralidade seja considerada como uma condição necessária, mas jamais por si só suficiente, para justificar politicamente o intervenção coercitiva do Estado na vida dos cidadãos.

No campo do direito penal esta doutrina expressou-se, historicamente, através de três princípios axiológicos diversos, relativos, respectivamente, às concepções do delito, do processo e da pena. Por primeiro, se aplicada ao *delito* ou ainda aos problemas de justificação da *legislação*, a mesma comporta o fato de que o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros.²² Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável.²³ Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente *bens jurídicos alheios*, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros.²⁴ Em segundo lugar, se aplicado ao *processo*, e conseqüentemente aos problemas da *jurisdição*, o princípio normativo da separação impõe

que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os *atos* penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por *aquilo que fez*, e não *pelo que é*. Evidentemente, para que tais condições se concretizem e o julgamento tenha caráter cognitivo e juris-dicional, não basta que os delitos sejam previstos em lei, consoante o princípio da legalidade, fazendo-se mister que os mesmos consistam em fatos empíricos taxativamente identificados segundo este mesmo princípio, a fim de que possam ser verificadas e rebatidas as teses judiciárias que os afirmam ou que os negam.

Por derradeiro, se utilizado na justificação da *pena* e dos seus modos de *execução*, o princípio comporta que a sanção penal, da mesma forma, não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais. Assim como a previsão legal e a aplicação judiciária da pena não devem servir nem para sancionar nem para individuar a imoralidade, também a sua execução não deve tender à transformação moral do condenado. O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e de permanecer aquilo que é. As penas, conseqüentemente, não devem perseguir finalidades pedagógicas ou correcionais, devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meio de tratamentos diferenciados e personalizados de tipo ético ou terapêutico.

Estes três princípios normativos definem, no seu conjunto, os *fins* de tutela e prevenção do direito penal, e, ao mesmo tempo, os *limites* nos quais se justifica a sua intervenção dentro de um modelo garantista. Ao menos o primeiro deles e, na medida em que se atrele ao princípio de legalidade, também o segundo, pertencem ao pensamento jurídico iluminista, que, sobre os mesmos, como veremos no capítulo 8, fundou a não punibilidade das meras intenções ou das opiniões, dos vícios, das inclinações e dos estados de ânimo tidos como ruins, da heresia e das ofensas à religião, e, de um modo geral, dos atos internos e daqueles não lesivos ou lesivos apenas à pessoa que os comete. A formulação do terceiro, ao contrário, é mais recente. Estranha à tradição paleoliberal – que de Grócio a Hobbes, de Pufendorf e Thomasius a Bentham, inversamente, teorizou a função correccional da *pena* – deve-se, exceção feita a algumas indicações formuladas por Locke, a Anselm Feuerbach, e, posteriormente, a John Stuart Mill e a Francesco Carrara.²⁵ Os três princípios, entretanto, refletem uma ética liberal: primeiramente, porque baseada no valor da liberdade de consciência das pessoas, na igualdade do tratamento penal a elas dispensado, e na minimização da violência punitiva; ao depois, porque destinada unicamente ao legislador, exclusivos os cidadãos, cuja moralidade, ao contrário, é tida como juridicamente irrelevante e impenetrável.

A doutrina da separação entre o direito e a moral, considerando-se a análise até o momento desenvolvida, é uma doutrina complexa, que se *articula* em seis ordens de teses. Podemos sintetizar as três teses assertivas na rejeição, baseada no caráter “positivo” e convencional do direito moderno, tanto da idéia de que o direito é “valor” enquanto tal,

quanto daquela de que os valores, enquanto tais, constituem “direitos”, idéias estas que retratam os dois opostos, mas freqüentemente convergentes, pré-julgamentos ideológicos que, na prática, sempre alimentaram, sob forma de formalismo ou legalismo ético e de substancialismo ou moralismo jurídico, o surdo rigor legalista e o incontrolado arbítrio judiciário. Podemos, ainda, identificar nos três princípios axiológicos os conteúdos ético-políticos exigidos do direito penal para a sua legitimação externa, bem como os limites impostos à legislação, à jurisdição e à execução penal. Com efeito, tais princípios representam, como teremos oportunidade de observar analiticamente na terceira parte, a base filosófico-política de todas as *garantias* penais e processuais, as quais, por sua vez, em um primeiro momento, viram-se elaboradas teoricamente pelas doutrinas reformadoras iluministas e, posteriormente, incorporadas em sentido positivo nos códigos e constituições, por meio da estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da exterioridade e materialidade das ações delituosas, da ofensividade do evento, da culpabilidade, do ônus da prova, do direito de defesa, bem como da sua conexa presunção de inocência diante da ausência de provas e de julgamento.

16. A CONFUSÃO PÓS-ILUMINISTA ENTRE DIREITO E MORAL

1. O “paradoxo hobbesiano” e a fundação jusnaturalista do Estado de direito enquanto sistema positivo

A doutrina da separação entre direito e moral, da maneira como vem equacionada pelo conjunto de proposições assertivas e prescritivas até o momento analisadas, reflete o processo, contemporâneo ao nascimento do Estado moderno, por meio do qual direito e cultura jurídica, particularmente de conteúdo penal, tornaram-se laicos. Referida doutrina, sob o aspecto teórico, foi útil para o desenvolvimento de uma ciência penal juspositivista, fundada sobre o princípio de legalidade, e, sob o prisma normativo – juntamente com aquela, também normativa, dos “direito naturais” –, importante na elaboração de grande parte das garantias de liberdade do cidadão, bem como das formas do moderno “Estado de direito”, tais como sistema político sujeito a regras, limites e controles. Ao mesmo tempo, a separação metacientífica entre ponto de vista interno e ponto de vista externo às instituições jurídicas, assim como o ônus das suas justificações, imposto pela concepção utilitarista das mesmas, geraram, na cultura liberal iluminista, uma postura política reformadora no que tange ao direito positivo vigente, consentindo-lhe a crítica desmistificante e sem prejulgamentos, livre de deferências morais ou religiosas à ordem constituída. “Quais são estas leis que eu devo respeitar e que deixam um espaço assim tão grande entre eu e o rico?” – perguntaria Beccaria – “Quem fez estas leis? Homens ricos e poderosos... Rompamos estes vínculos, fatais à maior parte, e úteis a alguns poucos e indolentes tiranos, ataquemos a injustiça na sua fonte”.²⁶ A “estas leis, que são um produto dos séculos mais bárbaros”, a autonomia do juízo externo consentia que se contrapusessem a “indagação da verdade”, a “independência das opiniões vulgares” e a paixão civil pelos “interesses da humanidade”,²⁷ que constituem os pressupostos de qualquer desejo de progresso. E Voltaire, de forma ainda mais incisiva: “Voulez-vous de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles”.²⁸

No século passado, entretanto, com o consolidamento definitivo do monopólio estatal das fontes do direito, a doutrina da separação entre direito e moral viu-se ofuscada. No

plano filosófico tal acontecimento se deu pelo fato de que a distinção aqui efetuada entre o seu uso assertivo, correspondente a teses cientificamente verdadeiras, e o seu uso prescritivo, equivalente a opções políticas, nem verdadeiras nem falsas, sobre os limites do direito, em particular do direito penal, jamais foi totalmente clara. De um lado, com efeito, a negação, ou ainda mais freqüentemente a incompreensão do princípio axiológico da separação foi quase sempre associada à negação do princípio teórico, originando representações substancialistas e apologéticas do direito penal vigente enquanto braço secular da moralidade média dos cidadãos, ou da ética do Estado ou, ainda, da ordem antropológica natural e similares. De outro lado, a aceitação juspositivista do princípio teórico, no mais das vezes, resolveu-se pela adoção formalista do ponto de vista normativo interno ou jurídico como ponto de vista exclusivo da reflexão política, e não apenas daquela científica sobre o direito penal e sobre o Estado. Em ambos os casos abandonaram-se quaisquer pontos de vista axiológicos externos e, conseqüentemente, a tensão entre os dois pontos de vista, que está na base de qualquer discurso sobre a justificação externa do direito penal e dos seus conteúdos. O direito positivo vigente, enfim reconhecido como o único direito existente, tornou-se, para a cultura jurídica, qualquer coisa de “natural” a ser conhecida ou explicada, e não mais a ser justificada ou deslegitimada. E, assim, o problema da justificação, ou seja, dos limites e dos fundamentos morais e políticos do direito penal, viu-se, mais do que apartado, removido.

Em resumo, nos últimos três séculos, realizou-se um singular evento cultural, reflexo do acontecimento político e institucional do Estado moderno. O problema dos fundamentos e da justificação esteve ao centro da reflexão jurídico-filosófica durante os séculos XVII e XVIII, inserido dentro da temática do direito natural e das suas relações com o direito positivo. As teorias políticas do jusnaturalismo contratual foram todas, essencialmente, doutrinas utilitaristas de justificação externa do então nascente Estado moderno, do qual repudiaram a idéia de uma fundação apriorística – natural, ética ou religiosa. Tal ponderação resta exemplarmente evidente em Locke, que concebeu o Estado como meio para salvaguardar os direitos naturais dos indivíduos da precariedade do estado natural.²⁹ O mesmo vale também para Hobbes, que não deixou de fundar a sua teoria a respeito daquele “homem artificial que é o Estado”³⁰ sobre o direito natural, e de justificar, por meio de um constante paralelismo entre leis naturais e leis civis, os conteúdos destas.³¹ O “paradoxo hobbesiano” assinalado por Norberto Bobbio – para quem Hobbes “tomando em consideração os movimentos da lei natural chega à construção de uma sólida concepção positivista do Estado”, sendo, pois, jusnaturalista “de fato”, mas positivista “de direito”³² – é, em certa medida, comum a todo o pensamento contratualista do Iluminismo: jusnaturalista, vez que voltado a encontrar, no direito natural, os fundamentos do Estado e os seus princípios de justificação externa, mas, ao mesmo tempo, positivista, na medida em que tais fundamentos externos, a começar do convencional princípio de legalidade, valem exatamente para fundar, além de limitar e modelar, o direito estatal positivo, enquanto único direito vigente.

Na verdade, o paradoxo é aparente: o positivismo jurídico nasce como instância jusnaturalista porque, inicialmente, antes da afirmação do monopólio estatal das fontes de produção e de convalidação jurídica, tal monopólio era visto como um “dever ser” e não como um “ser”. O princípio de legalidade que virá a exprimir o ponto de vista interno da validade, separando-o de fato daquele externo da justiça, não correspondia ainda a uma

tese científica ou descritiva “fundada”, mas apenas a um princípio axiológico ou normativo “fundador”, ele próprio ditado de um ponto de vista externo às instituições à época vigentes. O problema de Hobbes era, em síntese, conseguir fundar a *positividade* das leis civis, sancionando os imperativos que estas repetem das leis naturais. No que diz respeito à precariedade “natural” destas, aquelas são concebidas, de fato, como a forma “artificial”,³³ idônea a garantir-lhes, de maneira estável, os conteúdos.³⁴ E é exatamente a *forma* artificial ou positiva destes conteúdos – que, ao menos em parte, será realizada com a incorporação dos direitos naturais nas futuras constituições, sob a forma de “garantias” legais positivas – que vem perseguida, antes mesmo do nascimento do moderno Estado de direito, como um “dever ser”.

Aquilo que reúne todo o pensamento político iluminista, e que virá desmentido somente pelo idealismo do século XIX, é, de qualquer modo, a concepção (do dever ser) do Estado e do direito positivo, não enquanto fins ou valores em si próprios, mas, sim, como *instrumentos* de garantia dos conteúdos e dos valores a estes determinados pelo direito natural e aceitos como seus *fundamentos externos*, seja que estes venham interpretados em modo tradicional, como imperativos da natureza ou da razão, seja que em uníssono com Hobbes, como “teoremas” ou princípios de ciência política.³⁵ Este ponto de vista externo, constantemente mantido pelo pensamento iluminista, explica-se com o fato de que o novo Estado, que vinha se formando na crise do antigo regime, impunha o ônus da justificação, vale dizer, da elaboração dos fins utilitários extra-estatais dos limites racionais idôneos a justificá-lo. Isto, de qualquer forma, conferiu ao iluminismo jurídico – por mais que as premissas jusnaturalistas pudessem motivá-lo – um papel reformador e uma capacidade projetiva insuperáveis, direcionando-o à “legislação”, ou seja, ao direito por fazer ou por reformar, bem como ao “objeto comum daqueles que pensam”,³⁶ consentindo-lhe, desta feita, lançar as bases do “Estado de direito” enquanto sistema de poder vinculado a regras, e que tem por finalidade não valores ultraterrenos ou ultra-históricos, mas, sim, a tutela da vida e dos outros direitos *fundamentais* dos cidadãos.

2. A regressão ideológica da cultura jurídica do século XIX. O substancialismo jurídico

Após a formação do Estado liberal, o desenvolvimento dos códigos e o conseqüente desaparecimento do direito natural, a cultura jurídica passa a não mais utilizar pontos de referência axiológicos externos como fontes de justificação e de limitação do direito vigente, e, em particular, do direito penal. Tal fato se deu, inclusive, porque a ala dos juristas, que nesse interim havia se colocado profissionalmente na órbita do novo poder, jamais teve a capacidade de desenvolver uma ética civil e política criticamente autônoma do direito positivo, dotada da mesma autoridade de que se revestia o direito natural. Por outro lado, diante de um Estado inegavelmente consolidado e definitivamente emancipado de vínculos religiosos e naturais, parece que o ônus da justificação cessa para aquela cultura. Assim, não mais a “legislação”, enquanto direito a ser estabelecido, mas somente a lei “positiva”, isto é, já criada, torna-se, do século XIX em diante, “o objeto comum daqueles que pensam”.³⁷ No direito penal, por exemplo, exceção feita à questão inexoravelmente externa do “porquê punir?”, ainda hoje objeto de dissertação em todos os manuais penais, tornou-se sempre menor o espaço dedicado pelos juristas às questões de justifica-

ção externa, que, diversamente, haviam inflamado o debate filosófico-jurídico na era iluminista, exaltando questões como o que é justo punir e, sobretudo, o que é injusto proibir, quais os tipos de pena passíveis de justificação e quais, ao invés, são inadmissíveis, quais devem ser os seus mínimos e máximos e por que, bem como os critérios da sua determinação concreta, quais as formas e técnicas de julgamento, além daquelas codificadas, idôneas a resguardar os cidadãos do arbítrio judiciário.

Isto não quer dizer, frise-se, que os juristas tenham parado de formular ou de procurar respostas para o problema dos fundamentos jurídicos. Quer dizer, sim, que a perda de todo e qualquer vínculo axiológico externo conduziu-os, em muitos casos, paradoxalmente, a renegar a separação entre direito e moral, ou entre legitimação externa e interna, em ambas as ordens de princípios – assertivos e prescritivos – nos quais viu-se a mesma descomposta no parágrafo anterior. A mudança foi de caráter anti-iluminista e desenvolveu-se – na Alemanha, na Itália e na Inglaterra – principalmente na segunda metade do século passado, fruto de uma postura política diversa – não mais revolucionária nem mesmo reformadora, mas, ao invés, conservadora e por vezes até mesmo reacionária – da cultura jurídica liberal, preocupada, mais do que em impor ao Estado limites e garantias em defesa dos cidadãos, em defendê-lo, bem como à nova ordem econômica e social, destes mesmos cidadãos e, em particular, das novas “classes perigosas”.³⁸ No que diz respeito ao direito penal, tal transformação se realiza por meio de duas vias já mencionadas – aquela do *substancialismo jurídico* e aquela do *formalismo ético* – que, mesmo sendo entre si contrárias, são ambas “ideológicas” e “falazes”, no sentido supra-indicado, chegando a atingir êxitos, sob muitos aspectos, convergentes, quais sejam: a negação das duas separações, ou, pelo menos, a confusão entre os seus diversos significados, a atitude de legitimação moral e política em face do direito posto, e, por derradeiro, o nascimento de novos espaços obscuros à sombra de uma generalizada conversão estatal da cultura jurídica.

A primeira via é aquela que vai da rejeição ao princípio normativo da separação, e que, com este, arrebatada, também, aquele teórico, deitando-se sobre doutrinas substancialistas, variadamente ligadas à idéia de uma base ontológica do direito penal, e, via de consequência, à uma sua renovada confusão jusnaturalista com a moral ou com a natureza. É o caso das várias correntes católicas e espiritualistas do moralismo e do caráter pedagógico do direito penal, e, de outra parte, das teorias positivistas do naturalismo e da correlação criminológica, das quais falarei nos capítulos 5 e 7, todas regressivas, ainda que pertencentes a margens ideológicas opostas, no que concerne à separação iluminista entre direito e moral, da qual ~~contradizem~~ quer o princípio axiológico quer o teórico. A referência ontológica externa – seja ela a pecaminosidade intrínseca do delito ou a anormalidade antropológica do réu –, concebida, nestes casos, como suficiente quer para a definição teórico-jurídica do delito, quer para a justificação ético-política da sua punição, com efeito, não desenvolve nenhuma função de limitação ou de deslegitimação do direito positivo, valendo para endossar seus conteúdos, e para solicitar-lhe a extensão pelo maior número possível de desvios morais ou naturais, segundo projetos pampenalistas de saneamento moral e de controle disciplinar da sociedade.

A idéia substancialista de que a desviação deva ser captada e prevenida, além de suas definições legais, na sua identidade ontológica de *malum in se* (moral ou natural), favoreceu – primeiramente na maciça legislação de polícia produzida na Europa depois

da segunda metade do século XIX, e, posteriormente, nos próprios códigos – uma expansão do direito penal muito além dos rígidos limites garantistas da determinação do fato, da sua ofensividade e materialidade, bem como da culpabilidade de seu autor. Mister se pense, de uma parte, à relevância que se deu, sob o influxo da “Escola Positiva”, à figura da “periculosidade social” ou a outras características pessoais do réu (reincidência, capacidade de delinquir e outras) enquanto pressupostos de medidas punitivas de prevenção e de segurança, assim como ao enorme desenvolvimento das sanções cautelares, processuais ou de polícia, *ante* ou *extra-delictum*; de outra parte, importante se pense, ainda, à vanificação do princípio de estrita legalidade ocorrida por meio do emprego, nas definições legais das infrações penais, de expressões valutativas ou, de qualquer modo, destituídas de denotação, cuja interpretação judiciária não consiste em individuar seus sentidos, mas, sim, em juízos de valor que integram, *post factum*, a previsão normativa do fato. A esta seguiu-se, como demonstrarei na terceira e quarta partes deste livro, uma igual vanificação das outras garantias e uma tendência à subjetividade em todos os momentos da intervenção penal, não apenas na predeterminação legal da desviação, mas, inclusive, na sua determinação judicial, orientada segundo esquemas discricionários e inquisitórios, e, também, na execução da pena, voltada, por seu turno, à prevenção especial por meio da correção do réu.

3. A renúncia técnico-jurídica ao ponto de vista externo. O formalismo ético

A segunda via da mudança anti-iluminista é aquela, diametralmente oposta, que vai da adesão positivista à tese teórica da separação entre direito e moral e que, confundindo tal tese com aquela axiológica, chega à assunção do ponto de vista jurídico como o único admissível inclusive para fins de justificação ético-jurídica do direito penal. O resultado é a renúncia a qualquer ponto de vista externo, e, via de consequência, uma resposta às perguntas ligadas aos fundamentos baseada em critérios axiológicos exclusivamente internos. É o caso das doutrinas de impostação idealista que submetem a moral ao direito (e não o direito à moral), valorizando a forma jurídica, independentemente do seu conteúdo, e que assumem, desta feita, o direito e o Estado enquanto valores éticos em si, prescindindo das suas bases utilitaristas e das suas funções de tutela em face dos cidadãos.³⁹ Mas é também o caso das impostações meramente formalistas e técnicas, que, não acaso, ligam-se historicamente às primeiras, as quais, freqüentemente, tratando como axiológica a tese teórica da onipotência do legislador fundada sobre o princípio de legalidade, passam, com análoga falácia, da idéia de autonomia da ciência jurídica utilizadora de referências ontológicas externas, à idéia de que o direito e o Estado se autojustificam, ou, quando menos, são estéréis e metafísicos os problemas da sua justificação, bem como os correspondentes pontos de vista axiológicos externos.⁴⁰

Compreende-se, assim, como o formalismo ou positivismo jurídico de tipo ético, valorizando o direito enquanto tal, seja idôneo a fundar doutrinas sobre a ausência de limites do poder do Estado, cujo êxito extremo é o fascismo. O princípio de (mera) legalidade, como veremos no parágrafo 28.1, é, de fato, aceito em tais ideologias como o único postulado axiológico (e não meramente teórico) em razão do qual possui *valor* (e não apenas *vigor*) qualquer conteúdo normativo (*quod principi placuit*). A forma jurídica, por seu turno, não é reivindicada como instrumento ou garantia de tutela de valores ou de interesses externos ao Estado, mas enquanto valor em si própria, exclusivo e exaustivo, não condicionado por limites e garantias tais como a estrita legalidade e os outros direi-

tos dos cidadãos. Desta feita, nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio de legalidade passasse a ser o irracional e decisionista *Führerprinzip*, consentindo no ingresso, no direito penal, do mais exasperado substancialismo e subjetivismo, mediante as nefastas figuras do “tipo normativo do autor” (*Tätertyp*) ou do “inimigo” (do povo ou do Estado), identificados, a despeito dos fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu.⁴¹

Mesmo quando chegaram a estes êxitos totalitaristas, os enfoques técnico-jurídicos – que nos ordenamentos jurídicos codificados são aqueles que mais influíram sobre a formação dos costumes morais e intelectuais da classe dos juristas –, evidenciaram, igualmente, uma postura autoritária e antigarantista. O abandono do ônus da justificação em razão do seu caráter não científico, conduziu-os, com efeito, a naturalizar o direito positivo e a obliterar o problema filosófico-político da sua justificação externa, e, portanto, dos seus limites e das suas funções. O resultado consubstanciou-se em uma cultura jurídica acriticamente contemplativa, que, quando não chegou a teorizar o dever moral da obediência ou da “fidelidade ao Estado”, viu-se expressa, no mais das vezes, em quaisquer formas conservadoras do legalismo ético – ou seja, na adesão moral e política aos valores e aos interesses protegidos pelo direito positivo – ou, na melhor das hipóteses, em uma espécie de *constitutionalismo ético*, consistente na sacralização dos valores constitucionais enquanto tais, erigidos à categoria de absolutos, e interiorizados sob a forma de uma específica ideologia jurídica progressista. O “paradoxo hobbesiano”, indicado por Bobbio, foi, nestes casos, invertido, na medida em que tais juristas pertencem “de fato” ao positivismo jurídico, mas “de direito” ao jusnaturalismo. Partindo de premissas juridicamente positivas, os mesmos tendem, na realidade, a fundar, com base em um direito positivo concebido como fato suprapolítico pouco menos que natural, uma ética específica de feições estatais.

17. SE, PORQUE, QUANDO E COMO PUNIR, PROIBIR E JULGAR

1. Os fundamentos filosóficos do garantismo penal. Análise de um problema

De acordo com a hipótese de trabalho acima formulada, a doutrina iluminista da separação entre direito e moral elaborou, a um só tempo, o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo, enquanto as várias doutrinas pré e pós-iluministas da confusão viram-se colocadas na origem de culturas e modelos penais substancialistas e variadamente autoritários. Desta feita, pode-se precisar que o significado teórico da doutrina da separação diz respeito às *condições formais* da legitimação interna, identificada pela mesma com a satisfação do princípio da legalidade, o qual, em sentido lato, comporta o fato de que constitui delito somente aquilo que é proibido, e não aquilo que é apenas reprovável, e, em sentido estrito, exige, ainda, que as proibições legais sejam formuladas, não apenas incorporando critérios genéricos de avaliação ou reprovação externa, mas, sim, individuando, taxativamente, os comportamentos proibidos; por seu turno, o significado axiológico desta doutrina refere-se às *condições substanciais* da legitimação externa, que a mesma exclui possam ser satisfeitas mediante critérios meramente jurídicos ou internos, requerendo, para os custos produzidos pelas proibições, pelos processos e pelas penas, o ônus de específicas justificações de caráter ético-político ou externo.

Os dois significados, não em menor escala que os dois problemas da legitimação interna e daquela externa à qual se referem, ainda que não conexos no plano lógico, indubitavelmente o são no plano histórico. Mostrarei que a alternativa entre o modelo garantista e aquele substancialista do direito penal é, com efeito, em larga escala, o reflexo das diversas respostas que, partindo da separação ou da confusão entre direito e moral, não apenas podem ser formuladas teoricamente, mas que também foram dadas, ao longo da história, à questão geral do “porquê do direito penal?”, bem como às três ordens de subquestões nas quais – em se rejeitando a resposta abolicionista – tal indagação pode ser formulada, isto é, por que, quando e como punir (ou não punir), por que, quando e como proibir (ou não proibir), e por que, quando e como julgar (ou não julgar). Os diversos modelos de direito penal ilustrados nos parágrafos 6 e 7 podem ser considerados, antes mesmo que modelos teóricos e normativos de legitimação interna, sistemas de respostas, ainda que parciais, aos problemas da justificação externa. Em particular os princípios do modelo garantista, formalizados no nosso sistema *SG*, são, em boa parte, fruto das respostas filosófico-políticas fornecidas, antes do nascimento do Estado de direito moderno, às supramencionadas questões do pensamento iluminista. Tais respostas – pensemos a Hobbes, Pufendorf, Montesquieu e Beccaria – foram, originariamente, respostas ao problema da legitimação externa ou da justiça, expressas em forma de teses sobre o direito natural ou racional. E, somente após a sua incorporação às constituições modernas, passaram a ser também (no todo ou em parte) parâmetros de legitimação interna, ou seja, princípios jurídico-constitucionais meta-legais que disciplinam a validade das leis. Vê-se, pois, que é possível descobrir os fundamentos filosóficos da justificação externa nas mais gerais filosofias jurídicas e políticas dentro das quais foram originariamente formulados.

2. O ponto de vista externo da filosofia do direito e os seus reflexos internos

Nas segunda e terceira partes deste trabalho, assume-se, prevalentemente, o ponto de vista axiológico externo, coerentemente ao programa inicialmente enunciado de uma refundação filosófica das “razões” do direito penal. Tal ponto de vista faz-se necessário para as seis primeiras das doze questões individuadas no parágrafo 13, expressas, por sua vez, pelas perguntas “se e por que punir”, “se e por que proibir”, e “se e por que julgar”, relativas ao problema que abordarei nos dois próximos capítulos, quais sejam as razões ou os objetivos do direito penal e processual. Entretanto, é igualmente importante, ou ao menos o é em grande parte, para as outras seis questões evidenciadas, a seu turno, pelos três pares de perguntas atinentes ao “quando e como punir”, “quando e como proibir”, e “quando e como julgar”, que dizem respeito aos pressupostos, conteúdos, qualidade, quantidade e formas das penas, das proibições e dos julgamentos. Os princípios do nosso modelo *SG* virão, portanto, analisados, nos três capítulos da terceira parte, enquanto respostas axiológicas às seis questões supra-expostas, independentemente da sua concreta formulação nos diversos ordenamentos positivos, dos quais, não obstante, falaremos, visando a avaliar seus graus de operatividade. Como tais princípios estão relacionados entre si, as respostas fornecidas por cada um deles aos nossos três pares de perguntas serão, obviamente, condicionadas em larga escala, de modo que a incorporação de um ou mais deles em um ordenamento positivo confere valor de legitimação interna não apenas aos princípios incorporados, mas, também, aqueles que estes logicamente implicam.

A questão do “se” é não apenas irredutivelmente externa, mas também prejudicial à qualquer outra, não fosse por outra razão, pelo simples fato de admitir como possíveis, inclusive, respostas negativas ou *abolicionistas*, que, não reconhecendo justificação alguma ao direito penal precluem, na raiz, todas as outras questões atinentes à legitimação. Inversamente, as respostas positivas a este problema, que denominarei *justificacionistas*, condicionam, ou, pelo menos, influenciam profundamente, de acordo com as suas motivações, as questões de legitimação externa relativas ao “quando” e ao “como” do direito penal, bem como a fundação dos diversos e possíveis modelos de legitimação interna. Estes, com efeito, em argumentando o “porquê” da intervenção punitiva, respondem, normalmente, inclusive às perguntas contrárias, ou seja, “por que *não* punir?”, “por que *não* proibir?”, “porque *não* julgar?”. Assim, podem justificar modelos de direito penal máximo ou mínimo, dependendo das razões mais ou menos genéricas ou complexas por meio das quais venham justificados o poder de punir, de proibir e de julgar do Estado, bem como os limites aos quais se sujeita referido poder na ausência de razões que justifiquem o seu exercício.

As questões do “quando”, ao contrário, podem ser tanto de legitimação externa como interna. Precisamente, a questão “quando punir” – excetuados os sistemas penais que não contemplam os princípios retributivo e/ou de legalidade, os quais admitem, necessariamente, somente a resposta substancialista *quia peccatum*, com base na fonte de legitimação externa – é uma questão de legitimação interna, admitindo-se a resposta formalista e legalista *quia prohibitum*. Mesmo que às vezes as proibições legais não sejam taxativas e, conseqüentemente, não seja claro que coisa exatamente é proibida, as escolhas interpretativas feitas pelo juiz no exercício do poder de verificação e, mais ainda, de disposição, levam, necessariamente a fontes de legitimação externa.

De qualquer forma, a resposta *quia prohibitum* transfere o problema para aquele ressaltado pela pergunta “quando proibir?”. Por que proibir algumas ações e outras não? É evidente que as respostas a estas perguntas são, prevalentemente, de justificação externa, vez que a escolha das ações a serem proibidas está ligada, fundamentalmente, ao poder discricionário do legislador. Todavia, o ordenamento constitucional pode incorporar limites internos – tais como os requisitos estruturais da ofensividade do evento, da materialidade da ação, da responsabilidade pessoal, ou, ainda, as condições gerais representadas pelos princípios de igualdade e de liberdade – que vinculam negativamente o poder proibitivo e que correspondem a outras tantas garantias, vale dizer, a condições de validade ou de legitimidade interna das proibições legais. Por derradeiro, a questão do “quando julgar?” pode ser quer de legitimação interna quer de legitimação externa. Trata-se de uma questão de legitimação interna em ordenamentos como o italiano, caracterizados pela obrigatoriedade da ação penal e pela proibição de negar justiça ao que a ela recorrem; entretanto, trata-se de uma questão ao menos parcialmente externa, em ordenamentos em que a ação penal não é obrigatória, mas, sim, atrelada à discricionariedade dos seus promotores. Mister se frise que a escolha entre estes dois sistemas judiciários, bem como entre os diversos métodos de produção legislativa, é sempre uma questão de justificação externa.

As questões pertinentes ao “como” dizem respeito a problemas muito diversos entre si. Existem, primeiramente, as questões do “como punir” – ou seja, da qualidade e da medida, legal e judiciária, das penas e, também, das suas modalidades de execução –, que, em parte,

legitimação interna, mas, na maioria, de justificação externa. As garantias do princípio de legalidade e da tipicidade das penas, enquanto condições de legitimação interna, vieram-se, sem sombra de dúvida, incorporadas em todos os ordenamentos evoluídos, sendo que esta última, admitindo apenas determinados *tipos* de penas e predeterminando as suas quantidades máximas e mínimas para cada *tipo* de delito, exclui tanto as penas atípicas pré-modernas – como o talião, os suplícios, as várias penas corporais etc. – como a aplicação arbitrária daquelas típicas por parte do juiz. Contudo, permanecem sendo questões irremediavelmente externas, vale dizer, ético-políticas, as justificações dos tipos de pena legalmente admitidas (v.g., a reclusão carcerária e, onde prevista, a pena de morte), as escolhas legais dos tipos de pena e de seus limites mínimo e máximo para cada tipo de delito, os critérios de determinação da quantidade da pena no exercício equitativo do Poder Judiciário de conotação, bem como suas modalidades de execução. A questão do “como proibir”, é, nos sistemas que incorporam o princípio de estrita legalidade, ou seja, da regra semântica que impõe ao legislador denotações penais exatamente determinadas, prevalentemente de legitimação interna, ao passo que, nos sistemas de legalidade atenuada, dotados apenas do princípio de mera legalidade, carentes de normas semânticas referentes à formação do linguajar legal, é prevalentemente de legitimação externa. Também neste caso a escolha de um ou de outro sistema reflete modelos e doutrinas diferentes de justificação externa.

Por derradeiro, trata-se de uma questão de legitimação apenas parcialmente interna aquela do “como julgar”, que, em parte, é condicionada pela antecedente, isto é, pelas técnicas de proibição adotadas. Sempre que satisfeito o específico critério de legitimação interna do “como proibir”, qual seja o princípio de estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, o julgamento pode, perfeitamente, ser cognitivo, ou seja, atingir, dentro dos limites que conhecemos, a verificação ou negação dos tipos penais àquele submetidos graças a uma série de garantias processuais tais como o ônus da prova, a presunção de inocência até prova em contrário, o contraditório e a regra do *in dubio pro reo*. Vice-versa, nos ordenamentos e nas doutrinas que ignoram a estrita legalidade, recepcionando modelos substancialistas de definição da desviação penal, são internamente legitimados poderes dispositivos e processos inquisitórios direcionados a modelos de verdade substancial, ou assim considerada pelo juiz com base em critérios subjetivos de legitimação externa. De qualquer forma, aquela parcela de “poder” que concorre com o “saber” na determinação das decisões judiciais conduz, inevitavelmente, a critérios de justificação externa.

Acrescente-se que a opção entre cognição e inquisição não vem expressa apenas por meio do caráter cognitivo ou valorativo do julgamento, mas também das técnicas alternativas de aquisição das provas endereçadas à verificação ou falsificação, em concreto, das hipóteses acusatórias. Quais são os meios moral e politicamente lícitos para alcançar a verdade no processo? Justificam-se a tortura, a prisão preventiva, o interrogatório sem a presença de um defensor, o segredo instrutório mais ou menos ilimitado, ou a política premial para as confissões e colaborações? É evidente que tais perguntas admitem respostas diversas no plano da legitimidade interna, dependendo da presença ou não, no ordenamento que se analisa, de um outro tipo de garantias processuais, relativas ao “como provar” e ao “como não provar”, tais como o *habeas corpus* em favor do imputado, a sua imunidade contra pressões físicas e morais, o seu direito de negar ou mentir, a assistência do defensor e outras. Entretanto, a adoção ou não de tais garantias normativas é, mais uma vez, uma

questão de justificação externa, solucionada de diversas formas, todas submetidas ao fato de que a individuação da verdade seja concebida como um fim condicionado ao respeito de outros valores ou como fim incondicionado do processo penal, que, desta feita, justificaria o uso de quaisquer meios para alcançá-la.

3. Modelos de justiça e modelos de legalidade

Os grupos de respostas, mais ou menos homogêneas, que podem ser ou que, ao longo da história, foram dadas às várias questões de justificação externa constituem, igualmente, *modelos de justiça penal*; aquelas, por seu turno, que podem ser ou que foram dadas às várias questões de legitimação interna, *modelos de legalidade penal*. É claro que cada modelo de legalidade exprime um modelo de justiça. Porém, enquanto os modelos de justiça possuem sempre um valor axiológico ou normativo, os modelos de legalidade, como veremos mais claramente no parágrafo 26, podem ser usados em função assertiva, em vez de em função normativa. Precisamente, sempre que um ordenamento positivo, como acontece em todos aqueles que possuem constituições rígidas, incorpore um modelo de justiça, imperioso será pronunciar-se, assertivamente, sobre um modelo de legalidade constitucional referente às normas constitucionais que o incorporam, e, normativamente, sobre as leis ordinárias conformes ou não a ele. Em outras palavras, assertivamente sobre o diverso modelo de legalidade ordinária por aquelas normas eventualmente configurado, e normativamente sobre a sua aplicação jurisdicional.

Essencial, na análise filosófica dos vários problemas ligados à legitimação, manter claramente distintos o ponto de vista externo (ou ético-político da justiça) do ponto de vista interno (ou jurídico da legalidade) de cada questão individualmente considerada, bem como as várias questões entre si. Diversamente, a confusão pode gerar equívocos e incompreensões insuperáveis. Por exemplo, como teremos a oportunidade de ver, algumas teorias da pena, tais como as doutrinas retributivas, são classificadas, normalmente, como doutrinas de justificação externa do “porquê punir”, quando, na verdade, enunciam parâmetros de legitimação interna do “quando punir”, perfeitamente compatíveis com as doutrinas utilitaristas do objetivo da pena. Outras vezes a confusão se põe entre a questão da justificação da pena enquanto tal, e aquela da justificação de um específico tipo de pena, v.g. a reclusão carcerária, ou seja, entre uma questão relativa ao “se” e uma relativa ao “como” da pena, de tal forma que se vislumbram, como justificações da pena em geral, funções como a reeducação ou a recuperação social do condenado, que, dizendo respeito às modalidades de execução da pena detentiva, são, diversamente, estranhas a outros tipos de pena, como, v.g., as pecuniárias. Ainda no mesmo diapasão – e constitui o equívoco mais grave e fora de propósito –, apresentam-se como doutrinas abolicionistas do direito penal ou da pena (escassamente persuasivas, como veremos) doutrinas que nada mais são do que abolicionistas do cárcere (perfeitamente plausíveis, como veremos) e que melhor conviria chamar de substitucionistas ou reformadoras.

As reflexões sobre os diversos modelos de justiça e sobre as correspondentes doutrinas de justificação externa, além de fornecer, nos planos metaético e metapolítico, os critérios de avaliação dos sistemas penais positivos ou das suas normas e institutos, permitem a identificação das diversas culturas jurídicas e políticas que estão por detrás deles, e que, freqüentemente, influenciaram de forma direta a sua produção. Existe, entretan-

to, uma outra ordem de razões que confere relevância – mais prática do que histórica e teórica – aos problemas da justificação e às várias soluções que lhes foram dadas historicamente e que têm sido apresentadas até o momento. Os vários modelos de justiça penal correspondem às diversas culturas e subculturas que, de qualquer maneira, agem na práxis de cada ordenamento, independentemente do sistema de garantias adotado, seja em nível político e legislativo, seja em nível da prática judiciária, ou, ainda, nas manifestações da opinião pública. Decisiva, em particular, é a sua relevância na atividade jurisdicional. Por mais que as atuais constituições tenham, grosso modo, recepcionado grande parte dos princípios do garantismo penal cognitivista, é fato que as legislações, e, em particular, aquela italiana, abundam de figuras e de institutos que se ligam a critérios explicitamente substancialistas e potestativos, tais como a avaliação da periculosidade do réu para fins de imposição de uma das várias medidas cautelares, o juízo sobre a sua personalidade e sobre a sua moralidade para fins de cálculo da pena, a função reeducativa atribuída à pena e outros. Sobretudo, sabemos que em parte são inevitáveis e em parte induzidos pela estrutura legal do ordenamento juízos de valor e práticas inquisitórias, os quais, de igual modo, fazem referência a critérios de avaliação extrajurídicos. A consequência é a formação de amplos espaços de Poder Judiciário discricionário, ou de disposições capazes de transformar as várias doutrinas da justificação externa operativas diretamente no plano judiciário, em fontes, mais ou menos conscientes, de tipo extra ou metalegal.

Sob a ótica da práxis, mister se acrescente que o conteúdo cultural é muito diferente e heterogêneo, e se orienta caso a caso, dependendo das leis e dos julgamentos, usando como paradigma doutrinas de justificação diversas e muitas vezes contraditórias entre si. Ademais, referidas doutrinas são amplamente difundidas nas culturas jurídica e política, e influenciam as várias políticas criminais planejadas e praticadas. Pensemos nas alternativas – nas definições dos modelos de justiça penal – entre vingança e prevenção, entre reeducação e intimidação, entre prevenção geral e prevenção especial, e, de outra parte, entre substancialismo e convencionalismo penais, entre moralismo e utilitarismo, entre objetividade dos delitos e subjetividade dos réus, entre modelos de verdade substancial e modelos de verdade formal, entre eficácia inquisitória e garantias de defesa, entre máxima segurança social e máxima liberdade dos indivíduos. É claro que as opções entre alternativas deste tipo efetivamente norteiam a legislação, a jurisdição e a execução penal, além das várias orientações de política criminal e de deontologia profissional dos operadores penais. Daí a importância de identificar-lhes analiticamente os termos, não apenas para organizá-los no plano teórico, mas também para identificar e explicitar as suas incidências práticas, bem como para expô-los à crítica e ao controle político e racional. Por derradeiro, além da reconstrução histórica e da análise crítica das culturas da justiça anteriores às concretas práticas legislativas e judiciárias, a elaboração filosófica de um modelo normativo de justiça – como é por exemplo o nosso sistema SG – representa o pressuposto de qualquer projeto ou inovação jurídica de tipo reformador. Sob este aspecto, a teoria do direito penal que traçaremos nos próximos dois capítulos e também na terceira parte se propõe como doutrina política tanto da legislação como da jurisdição, voltada a identificar os valores ou parâmetros de legitimação externa de ambas, e a definir-lhes, mesmo ultrapassando os vínculos constitucionais de legitimação interna, as respectivas deontologias.

NOTAS

⁽¹⁾ Esta tripartição foi introduzida na base da ciência penal por Francesco Carrara, que reconheceu nela os “três grandes temas que constituem o objetivo da lei, enquanto tem como missão frear as aberrações da autoridade social na proibição, na repressão e no processo, para que essa autoridade se mantenha nas vias da justiça e não se transforme em tirania. A ciência criminal tem por missão moderar os abusos da autoridade no desenvolvimento prático daqueles três grandes temas” (*Programma. Parte generale*, cit., vol. I, p. 8); “três fatos constituem o assunto da nossa ciência: o homem que viola a lei; a lei que exige que esse homem seja castigado; o juiz que comprova a violação e impõe o castigo. Delito, pena, processo. A ordem das matérias no direito penal surge da natureza das coisas. É inalterável” (ob. cit., p. 43). A mesma tripartição é adotada por F. Carmelutti, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, p. 20.

⁽²⁾ Esta cifra está formada fundamentalmente por furtos. Na Itália, em 1986, de 2.030.173 delitos denunciados (dentre eles 1.194.297 furtos, quase 60%), 1.355.831, quer dizer, exatamente dois terços (e dentre eles 1.146.773 furtos, ou 96% dos furtos denunciados) não foram esclarecidos (ISTAT, *Statistiche giudiziarie. Anno 1986*, Roma, 1988, p. 217). A esta cifra cabe acrescentar aquela outra, incalculável, dos delitos não denunciados: pense-se nas corrupções, nos desvios de dinheiro público, nos maus-tratos em família e nas demais violências sofridas silenciosamente pelos sujeitos mais frágeis.

⁽³⁾ Das 202.966 pessoas julgadas em 1986 – sem incluir as condenadas por decreto a simples multa por emissão de cheques sem fundos (310.146, segundo as *Statistiche*, cit., p. 219) –, 89.138, ou 44%, foram absolvidas (ob. cit., p. 222). Não é diferente a percentagem dos absolvidos entre os detentos a espera de julgamento, cujo número na última década tem-se situado entre a metade e dois terços da população prisional. Vejam-se os dados estatísticos apontados na nota 13 do capítulo 11.

⁽⁴⁾ Trata-se de um número relativamente exíguo, devido à escassez das instâncias para revisão: 1.784 processos em 17 anos, de 1971 a 1987, o que equivale a 105 ao ano, dos quais nem um terço concluídos com a absolvição (ISTAT, *Annuari di statistiche giudiziarie* dos anos 1971-1983, Roma, 1973-1985; idem, *Annuario statistico italiano. 1988*, Roma, 1988, p. 208, para os anos 1983-1987).

⁽⁵⁾ T. Württenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft* (1959), trad. it. de M. Losano e F. Giuffrida Repaci, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 32.

⁽⁶⁾ “Justificação” – segundo a definição estipulativa de U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., p. 3-4 – “pode ser usada para designar qualquer ‘discurso apto para concluir mediante razões que algo é justo’, tomando-se por ‘justo’ não em referência a um valor de justiça segundo uma fórmula especial e determinada, senão num sentido bastante lato: justo como aquilo que, em termos gerais ou numa determinada situação, devemos aceitar, preferir, escolher, perseguir, precisamente por causa das suas razões”.

⁽⁷⁾ H. L. A. Hart, *The concept of law* (1961), trad. it. de M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 68 e ss., 106 e ss. e 121; cf. também U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 53-58.

⁽⁸⁾ Cf., por exemplo, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 1957, p. 483: “Por ‘função’ se entende a ação, ou melhor, a eficácia da pena: em outros termos, os efeitos que produz e em razão dos quais é adotada pelo Estado”.

⁽⁹⁾ A diferenciação entre esses dois significados do problema da “função” ou do “porquê” do direito penal – quer dizer, entre “explicação causal” e “explicação do fim” – é traçada por A. Ross, *Skylä, ansvar og straf* (1970), trad. it. de B. Bendiexen e de P. L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 76. E corresponde substancialmente à enunciada por Carrara, que distinguia entre “gênese histórica” e “origem jurídica” da pena: “Não mais se procura por que *tem-no feito* os homens, senão por que *se devesse fazer e se pudesse proceder assim*” (ob. cit., par. 600, p. 573). Sobre o ponto de vista externo e descritivo da explicação causal própria da sociologia do direito, cf. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 14.

⁽¹⁰⁾ A estes três pontos de vista corresponde a diferenciação agora escolástica, formulada por Norberto Bobbio, entre as obrigações da ciência do direito, da filosofia do direito e da sociologia jurídica: cf. N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948, p. 50-56; idem, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, cap. II.

⁽¹¹⁾ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 81-83 e 116.

⁽¹²⁾ Vejam-se, por exemplo, as máximas de Henry Bracton e de Edward Coke citadas na nota 18 do primeiro capítulo e, por outro lado, as diversas definições substancialistas do delito consignadas *infra* no parágrafo 27.2.

⁽¹³⁾ Sobre o problema da natureza (somente jurídica ou também política) da obrigação de obedecer as leis, veja-se, *infra*, o parágrafo 61. N. Bobbio, em *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961, p. 345 e ss., lembra entre as orientações ideológicas de tipo ético-legalista as dos juristas franceses da escola da exegese na época da Restauração e, sobretudo, as dos juristas alemães que se formaram na segunda metade do século passado sob a influência da concepção hegeliana do "Estado ético". Em *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 82, o mesmo Bobbio assinala outros dois modelos, opostos entre si, de legalismo ético: o convencionalista de Hobbes, para quem, uma vez formada a sociedade civil é justo tudo aquilo e somente aquilo que é conforme aos pactos (ou às leis), com apoio na máxima "não podemos ofender senão a pessoa com quem pactuamos" (*De cive*, cit., III, 4, p. 113); e o naturalista de Spinoza, para quem é justo aquilo que por natureza cada um tem o poder de fazer segundo a máxima "uniuscuiusque individui naturale jus eo usque se extendit, quo eius potentia" (*Tractatus politicus* (1677), II, 4, trad. it. de A. Droetto, *Trattato politico*, Giappichelli, Torino, 1957, p. 161-162): esta última fórmula que faz eco à pronunciada por Trasmaco, "o justo não é outra coisa senão o que convém ao mais forte", in Platão, *La Repubblica*, I, 12, 338c, in *Dialoghi politici*, cit., vol. I, p. 220. Uma interpretação oposta ao pensamento de Hobbes é sugerida no entanto por M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham e Austin*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 106-119, que sustenta que na realidade Hobbes usa "justiça" no sentido de "legalidade" e fala por contraposição de leis boas e más ou justas e iníquas, assentando assim "as premissas, ainda que com uma terminologia inadequada e desorientadora, dessa teoria da separação entre direito e moral que será dominante no pensamento jurídico inglês e encontrará sua máxima expressão nas concepções de Bentham e Austin". Em sentido favorável a esta interpretação, cf. as passagens de Hobbes sobre as quais se chama a atenção *infra* nas notas 21-24. É contudo verdade que nas obras de Hobbes podem-se achar afirmações relevantes em apoio a ambas as interpretações (cf. N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli, 1965, p. 26-49 e 60-74). Mas isso obedece à natureza do que Bobbio chama de o "paradoxo hobbesiano", do qual falarei no próximo parágrafo. Em qualquer caso, o formalismo jurídico de Hobbes é largamente livre dessa atribuição de valor ético-totalitária do direito que caracterizará a doutrina hegeliana do "Estado ético".

⁽¹⁴⁾ A concepção do positivismo jurídico como doutrina da separação entre direito e moral corresponde ao segundo dos cinco significados de "positivismo jurídico" indicados por H. L. A. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *Contributi*, cit., p. 119-120; idem, *Il concetto di diritto*, cit., p. 217: "entenderemos por positivismo jurídico a afirmação simples de que em nenhum sentido é necessariamente verdade que as normas jurídicas reproduzem e satisfazem certas exigências da moral, ainda que de fato o tenham feito". Esta concepção — como mostrou M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese*, cit.; idem, *Positivismo giuridico, Novissimo digesto italiano*, cit., vol. XIII, 1966, p. 320-321 — é típica da tradição juspositivista inglesa, e remonta sobretudo a Bentham e Austin: cf. J. Bentham, A fragment on government, or a Comment on the commentaries (1776), in *Works of Jeremy Bentham*, org. J. Bowring (1838-1843), reed., Russell and Russell, New York, 1962, vol. I, p. 238, que em polémica com Blackstone diferencia entre direito "como é" e direito "como deve ser"; J. Austin, *The province of jurisprudence determined* (1832), org. H. L. A. Hart, Library of Ideas, London, 1954, Lect. V, p. 184: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another" ["A existência do direito é uma coisa: seu mérito ou demérito, outra diferente"]; A mesma tese formula H. Kelsen, em *General theory of law and state* (1945), trad. it. de S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, p. X-XII, e 4-13 e 379-381; idem, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. de R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi,

Torino, 1970, p. 56-60; idem, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 9 e ss., 82-85 e 128-129. De uma maneira semelhante Norberto Bobbio sustenta a separação entre “direito real” e “direito ideal”, ou entre “direito como é” e “direito como deve ser”, ou entre “direito como fato” e “direito como valor”, e define o positivismo jurídico como o estudo acrítico do direito “real”, “como é” ou “como fato” (*Il positivismo giuridico*, cit., p. 198 e passim; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 105-107; Intervenção na *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 70).

⁽¹⁵⁾ Por “Lei de Hume” entende-se a tese segundo a qual não podem derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem inversamente: D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., liv. III, parte I, p. 481-503. Sobre a diferença entre o sentido da “Lei de Hume” na metaética contemporânea e o da passagem do *Trattato*, cf. entretanto E. Lecaldano, “Grande divisione”, “legge di Hume” e ragionamento morale, *Rivista di Filosofia*, 1976, 4, p. 74 e ss. Para uma ampla análise crítica do significado da Lei de Hume, veja-se G. Carcattera, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁽¹⁶⁾ Esta noção de ideologia como teoria ou doutrina logicamente falaciosa pela derivação indevida do “ser” do “dever ser”, ou vice-versa, parece-me uma redefinição bastante fiel do conceito marxista de ideologia como consciência deformada. Esta será melhor definida no parágrafo 23.1, e utilizada depois para a crítica de muitas doutrinas e teorias penalísticas nas quais o vício da derivação recíproca entre teses assertivas e teses prescritivas encontra-se especialmente difundido. Na literatura filosófico-jurídica, ao contrário, “ideologia” é usada geralmente para designar qualquer discurso não meramente descritivo mas (também) valorativo e normativo enquanto dirigido a orientar ou a justificar atividades práticas (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 110, 113, 114 e passim; R. Guastini, Cos’è il garantismo, *Critica del diritto*, 1980, 16-17, p. 63; P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzia*, Giappichelli, Torino, 1984, p. 7 e 24); quer dizer, no sentido (acrítico) que no parágrafo 23.1 proporei que se associe, em contraposição a “teoria”, à palavra “doutrina”.

⁽¹⁷⁾ *Il positivismo*, cit., p. 116.

⁽¹⁸⁾ Sobre o princípio da legalidade como norma *constitutiva*, nos ordenamentos modernos, do caráter *positivo* ou *objetivo* do direito vigente, e sobre o correspondente postulado metacientífico do positivismo jurídico, *constitutivo* por sua vez do caráter *empírico* e *descritivo* da ciência do direito, remeto a meu trabalho *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, cit., p. 407 e ss. A mesma tese será exposta aqui nos parágrafos 28.1, 28.2 e 58.1.

⁽¹⁹⁾ É o princípio metacientífico sobre o qual Kelsen baseia sua metateoria da teoria do direito como “teoria pura” e sua qualificação das teses teórico-jurídicas como proposições empíricas e assertivas: de Kelsen, vejam-se, ademais das passagens citadas na nota 14, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 165-167, e *La dottrina pura*, cit., p. 86 e ss. e 97. Sobre a *vexata quaestio* da cientificidade da teoria do direito e da dogmática jurídica, sobre seu nexos com a estrutura legal do ordenamento jurídico investigado e sobre os postulados juspositivistas que servem para fundamentar o caráter empírico e assertivo dos discursos dos juristas, remeto aos meus trabalhos *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 94 e ss., e *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 415-418.

⁽²⁰⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 397 e 417. “Direito”, por conseguinte, é para Hobbes somente “aquilo que ou aqueles que possuem o poder supremo ordenam a seus súditos, proclamando publicamente e com palavras claras o que podem e o que não podem fazer”; e “delito é qualquer ofensa para a qual a lei do país estabelece uma pena” (ob. cit., p. 418 e 429). Análogas definições formalistas do direito e do delito, baseadas no princípio da legalidade, encontram-se em Pufendorf, Bentham e Austin: cf., *infra*, parágrafo 27.2.

⁽²¹⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVI, p. 22; idem, *Dialogo*, cit., p. 430: “Pode ser que o homem esconda no mais recôndito do seu pensamento ou oculte secretamente um pecado que nem o juiz, nem qualquer testemunha, nem nenhum outro tenha a possibilidade de descobrir; enquanto o delito é um pecado que consiste num ato contrário à lei, pelo qual o seu autor pode ser acusado para depois ser levado a julgamento, e pelo qual o juiz o condenará ou absolverá de acordo com os depoimentos das testemunhas. E, ademais, o direito positivo pode transformar em pecado um ato que em si mesmo não constitui pecado, mas não é nem bom nem mau; quando estava em vigor a lei que proibia enfeitar o chapéu com seda, fazer tal coisa era considerado pecado, porém antes não o era. Na verdade, às vezes o direito escrito

tem também a faculdade de transformar em pecado um ato em si mesmo bom: por exemplo, se se promulgasse uma lei para proibir dar esmola aos mendigos fortes e robustos, tal esmola seria pecado depois da promulgação de tal lei, enquanto antes não o teria sido; antes, aliás, teria sido uma obra de caridade, à qual interessa a pobreza, e não a robustez ou outros atributos do mendigo. E, ainda mais, quem nos tempos da Rainha Maria tivesse negado ao Papa qualquer autoridade na Inglaterra teria sido mandado à fogueira, enquanto nos tempos da Rainha Isabel seria elogiado por isso. Tudo isso nos demonstra como muitos atos, que por sua natureza não são delituosos, transformam-se em delitos com a mudança das leis, que aqueles que estão no poder fazem e desfazem seguindo a diversidade das suas opiniões e dos seus interesses”.

⁽²²⁾ Como se verá nos parágrafos 33 e 34, esta tese constitui o traço talvez mais característico do pensamento jurídico liberal, desde Hobbes, Pufendorf e Thomasius a Montesquieu, Beccaria, Hommel, Bentham, Mill e Carrara. Recentemente tem sido sustentada com especial vigor por H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality* (1963), trad. it. de G. Gavazzi, *Diritto, morale e libertà*, Bonanno, Acireale, 1968; idem, *Il concetto di diritto*, cit., p. 182 e ss.

⁽²³⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 430: “Na verdade, todos os delitos são pecados mas nem todos os pecados são delitos”; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 5: “Nem tudo o que pede a revelação pede a lei natural, nem tudo o que esta pede, pede a pura lei social, sendo assim importantíssimo separar o que resulta dessa convenção, ou seja, dos pactos tácitos ou expressos dos homens; porque os limites daquela força são tais que podem-se exercitar legitimamente entre homem e homem [sic]; deve dizer: ‘... pois esse é o limite da força que se pode exercitar legitimamente entre homem e homem’”]; K. F. Hommel, *Des Herren Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* (1778), trad. it. de F. Venturi, *Introduzione alla versione tedesca di “Dei delitti e delle pene”*, em apêndice a C. Beccaria, ob. cit., p. 599: “Não possuímos nenhum sinal característico de uma universal lei divina positiva. Todos os sinais que prevaleceram até agora são mentirosos, simplesmente porque não existem... Não se deve confundir pecado, delito e ações desprezíveis... Homem, cidadão e cristão são três conceitos diferentes”; ob. cit., p. 609: “O tribunal divino é diferente do tribunal dos homens e é tão difícil mesclar um com o outro como é misturar água e óleo, posto que seus elementos e fontes são substancialmente diferentes. O manancial do qual brotam as leis penais humanas está representado exclusivamente pela natureza do dano que um delito causa ao próximo ou ao Estado em seu conjunto”. Por outro lado, o utilitarismo jurídico não coincide tampouco com o utilitarismo moral, devido a que nem sequer uma moral utilitarista está em condições de por si só indicar as condições suficientes, além de necessárias, que justificam a proibição, como crime, de um pecado: “A moral ordena a cada indivíduo fazer tudo o que é vantajoso para a comunidade, incluindo nisso sua utilidade pessoal. Mas existem muitos atos que são úteis para a comunidade, e que no entanto não deve ordenar a legislação. Assim como existem muitos atos nocivos que a legislação não deve proibir, embora os proíba a moral. Numa palavra, a legislação tem certamente o mesmo centro que a moral; mas não tem a mesma circunferência. Existem duas razões para essa diferença: 1.^a) a legislação só pode influir diretamente sobre a conduta dos homens por meio das penas, e estas penas são outros tantos males que não se justificam senão enquanto deles possa resultar uma quantia maior de bem. Mas em muitos casos em que se quisesse acrescentar força a um preceito moral com uma pena, o mal do delito seria menos grave que o mal da pena, e os meios necessários para fazer respeitar a lei seriam de tal natureza que estenderiam na sociedade um grau de alarme mais prejudicial que o mal que se trata de evitar. 2.^a) A legislação é freqüentemente obstada pelo perigo de envolver-se um inocente na procura do culpado. De onde vem este risco? Da dificuldade de definir o delito de maneira clara e exata. Por exemplo, a dureza, a ingratidão, a perfídia e outros vícios que o sentimento popular condena não podem ser submetidos ao poder da lei, posto que não se saberia dar-lhes uma definição exata como se dá do furto, ou do homicídio, ou do perjúrio e similares” (J. Bentham, *Principes de législation*, cap. XII, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 37).

⁽²⁴⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXX, p. 287: a missão das leis é fazer com que “os súditos não se causem danos mutuamente”. A justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela dos cidadãos mediante a prevenção dos delitos que lesionam seus direitos é comum a todo o Iluminismo jurídico: cf. *infra* os parágrafos 20 e 33 e as teses ali enfocadas de Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Montesquieu, Beccaria, Hommel, Feuerbach, Humboldt, Voltaire, Condorcet, Filangieri, Romagnosi, Hume, Bentham, Pagano e Carmignani.

⁽²⁵⁾ Vejam-se, *infra*, o parágrafo 21 e as notas 122, 161 e 162 do capítulo 5.

⁽²⁶⁾ C. Beccaria, *ob. cit.*, XXVII, p. 66; *ibidem*, VI, p. 91: “Quem quer que leia com visão filosófica os Códigos das nações e seus anais, encontrará quase sempre os nomes de *vício* e de *virtude*, de *bom cidadão* ou de *réu*, com as revoluções dos séculos, não em razão das mudanças que acontecem nas circunstâncias dos países, e por consequência sempre conformes ao interesse comum, mas em razão das paixões e dos erros que sucessivamente moveram os diversos legisladores”; *ibidem*, XLI, p. 97: “A maior parte das leis constitui não mais que um privilégio, isto é, um tributo que pagam todos ao comando de alguns”.

⁽²⁷⁾ *Idem*, *A chi la legge*, p. 3 e 6; *ibidem*, p. 3: “Alguns restos de leis de um antigo povo conquistador, recompiladas por ordem de um príncipe que doze séculos atrás reinava em Constantinopla, misturadas depois com ritos longobardos, e envolvidas em confusos volumes de privados e obscuros intérpretes, formam aquela tradição de opiniões que em grande parte da Europa tem todavia o nome de leis; e é coisa tão comum quanto funesta ver em nossos dias que uma opinião de Carpzovio, um uso antigo assinalado por Claro, um tormento sugerido com irada complacência por Farinaccio, sejam as leis obedecidas com segurança por aqueles que tremendo deveriam reger as vidas e fortunas dos homens”. Mais duro ainda é o juízo de Filangieri sobre os “demasiado venerados livros das leis romanas”: “Não refletindo o imbecil Justiniano na diversidade dos tempos e circunstâncias, mesclando sem ordem nem distinção as leis que ainda se ressentiam da antiga liberdade da República com as que tinha ditado o mais feroz despotismo; e pondo ao lado dos regramentos dos imperadores mais humanos os regramentos dos cruéis déspotas que ensangüentaram o império, fez da jurisprudência um informe desorganizado, onde o filósofo e o tirano encontram igualmente idéias análogas a seus princípios opostos” (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. IX, p. 380).

⁽²⁸⁾ Questions sur l'Encyclopédie, nota *Des Lois*, em *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 566.

⁽²⁹⁾ J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, cit., cap. I, par. 3, p. 238-239, e cap. IX, par. 123, p. 338-339; *idem*, Lettera sulla tolleranza (1689), in *Scritti sulla tolleranza*, org. D. Marconi, Utet, Torino, 1977, p. 135: “O Estado é, a meu ver, uma sociedade de homens constituída unicamente para o fim da preservação e da promoção dos interesses civis. Chamo de bens civis a vida, a liberdade, a integridade física e a ausência de dor, e a propriedade de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis etc.”. Sobre a diferença na concepção do Estado de natureza e da função do Estado em Hobbes e em Locke, veja-se N. Bobbio, *Studi lockiani, Da Hobbes a Marx*, cit., p. 100-107.

⁽³⁰⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVI, p. 222.

⁽³¹⁾ O paralelismo está presente tanto no *De cive* como no *Leviatano*, e ainda antes nos *Elements of law natural and politic* (1640), tr. it. de A. Pacchi, *Elementi di legge naturale e politica*, La Nuova Italia, Firenze, 1968. Sobre este ponto, cf. N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), agora em *De Hobbes a Marx*, cit., p. 15 e 26-29.

⁽³²⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 11-12.

⁽³³⁾ “Mas como os homens, a fim de obter a paz e para conservá-la, fabricaram um homem artificial, ao qual chamamos de Estado, assim também fabricaram uma série de ataduras artificiais, chamadas *leis civis*, que os mesmos homens, mediante convênios mútuos, têm prendido por uma extremidade aos lábios daquele homem, ou daquela assembleia, aos que entregam o poder soberano, e por outra a seus próprios ouvidos” (*Leviatano*, cit., XXI, p. 174).

⁽³⁴⁾ “A lei natural e a lei civil estão contidas uma na outra e têm igual extensão, porque leis da natureza... não são propriamente leis... mas qualidades que dispõem os homens à paz e à obediência. Uma vez estabelecido um Estado, então essas aparecem efetivamente como leis, e não antes. Isto porque é então que são ordens do Estado e, em consequência, também leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecê-las... A lei civil e a lei natural não são gêneros diferentes de leis, senão partes diferentes de uma lei, da qual uma parte, a escrita, é chamada civil, e a outra, não escrita, natural. Mas o direito da natureza, quer dizer, a lei natural do homem, pode ser reduzido ou restrito pela lei civil; antes, a finalidade mesma de fazer leis não é outra senão impor tal controle, sem o qual não seria possível que houvesse paz alguma. E a lei foi trazida ao mundo nada mais do que para limitar a liberdade particular dos homens, de tal forma que não causem danos uns aos outros, mas que se auxiliem mutuamente, e se unam contra um inimigo comum” (*Leviatano*, cit., XXVI, p. 219-220). “Em outras palavras”, diz Bobbio, “a lei positiva

proporciona a forma, a lei natural o conteúdo”: ou seja, “o direito natural oferece o conteúdo da regra, enquanto o direito positivo garante a sua eficácia” (ob. cit., p. 26 e 61).

⁽³⁵⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XV, p. 131; ibidem, XIII, p. 104. Cf. também idem, *De cive*, III, 33, p. 131. Sobre este ponto, cf. N. Bobbio, ob. cit., p. 17 e 45. Segundo Bobbio, as leis naturais – e em especial a primeira lei da natureza, que ao prescrever o valor da paz “prescreve a constituição do Estado” (ibidem, p. 19) – desenvolvem no sistema de Hobbes o papel de “fundamento racional” (ibidem, p. 20) do direito positivo; ou também, poderíamos dizer, de norma fundamental no sentido de Kelsen.

⁽³⁶⁾ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., Introduzione, p. 57: “Depois de Montesquieu, não tem havido escritor que não tenha sugerido aos homens a necessidade de uma reforma na legislação. ‘Quase todos os escritores de um século’, diz um grande homem, ‘poetas, oradores e filósofos, são impelidos e limitados pelas coisas que os rodeiam. A natureza imprime em cada época, por assim dizer, uma mesma marca em todas as almas, e os mesmos objetos inspiram-lhes as mesmas idéias’. A legislação é hoje esse objeto comum daqueles que pensam”. Sobre o projeto jurídico do Iluminismo – com especial referência à Inglaterra dos séculos XVI e XVII, de Hobbes a Bentham – veja-se o extraordinário livro de P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁽³⁷⁾ G. Filangieri, loc. cit.

⁽³⁸⁾ É a expressão com a qual se encabeça o tít. III da Lei de Segurança Pública 6144, de 30.06.1889, e que designa os mendigos, estrangeiros, vagabundos, vadios aptos para o trabalho mas desprovidos de meios de subsistência, ex-presidiários e aqueles a quem a “voz pública” atribui má fama. Sobre a legislação de polícia contra os sujeitos e as classes perigosas produzida na Itália como no resto da Europa a partir do século passado, cf., *infra*, o capítulo 11.

⁽³⁹⁾ “O que é racional é real; e o que é real é racional”, afirma Hegel (*Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 15; idem, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften in Grundrisse* (1817), tr. it. de B. Croce, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, 3.^a ed., Laterza, Bari, 1951, par. 6, anot., p. 7), contradizendo em ambos os sentidos a Lei de Hume sobre a recíproca não derivação e separação entre dever ser e ser; idem, *Lineamenti*, cit., par. 257-258, p. 208-209: “O Estado é a realidade efetiva da idéia ética, é o espírito ético... o racional em si e por si... unidade substancial última em si mesma”. Sobre as orientações ético-estadistas cf., *infra*, os parágrafos 19, 27.2, 33-36 e 59.

⁽⁴⁰⁾ Limito-me a lembrar o duríssimo ataque dirigido contra a filosofia do direito e em geral contra a reflexão acerca do problema dos fundamentos do direito penal nas primeiras páginas do mais célebre e difundido tratado penalístico italiano do nosso século: “Resulta absolutamente supérflua, para nossos estudos, aquela parte estritamente filosófica que os criminalistas dos séculos XVIII e XIX costumavam levantar em suas exposições. Buscar os chamados fundamentos supremos e a noção do direito... hoje já não é mais permitido a uma disciplina eminentemente social, positiva e de bom senso, como é a nossa” (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1933, vol. I, par. 3, p. 6). O curioso é que o “antifilósofo Manzini”, como o chamou Ugo Spirito (ob. cit., p. 185), havia escrito, muitos anos antes, um brilhante ensaio filosófico de inspiração liberal e iluminista acerca dos fundamentos do direito penal, no qual tinha polemizado duramente contra uma liquidação do problema idêntica àquela que o mesmo levará a cabo no *Trattato*: “Conforme Carnevale, o Estado pune porque pune, e como não se sente a necessidade de justificar o exercício do direito civil, assim também resultaria perfeitamente supérfluo indicar em quais princípios de razão se fundamenta a sanção penal. Lanza evidenciou até que ponto resulta errônea a analogia de Carnevale. Nós acrescentamos que tal afirmação é bem mais digna de ser escrita no portal de um quartel do que de enfeitar o pórtico de um dos templos da ‘escola crítica’ do direito penal” (V. Manzini, *Diritto penale, Digesto italiano*, Utet, Torino, 1899, vol. IX, parte III, p. 60). Para explicar esta inversão repentina – que como veremos se expressará também em questões mais concretas, desde o apoio dado à reintrodução da pena de morte orgulhosamente combatida na juventude à doutrina estatista do bem jurídico, da negação da presunção de inocência à apologia das orientações inquisitivas do sistema processual misto – talvez possam servir as palavras com que o próprio Manzini sustentou a subordinação das idéias filosóficas às idéias dominantes da época: “Os filósofos, com seus artificiosos sistemas, nada criaram... A filosofia nunca teve e nunca terá influência alguma sobre as relações sociais, se não reflete a consciência e a opinião da coletividade dominante” (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Utet, Torino, 1931, I, p. 63).

⁽⁴¹⁾ “O direito penal terá de ser substancialmente um ordenamento para o castigo da falta de fidelidade”, declarou H. Frank, Ministro da Justiça do Reich nazista (*Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen führerstaates*, discurso pronunciado em Berlim no dia 18.06.1938, trad. it. de L. L. Palermo, *Fondamento giuridico dello stato nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 57). Sobre o processo de atribuição de valor moral ao direito por parte do positivismo jurídico alemão na primeira metade do nosso século, cf. *infra*, sobretudo, os parágrafos 33.2 e 35.5. Como recordei na nota 27 do capítulo 2, o *Führerprinzip* foi teorizado na Itália por Giuseppe Maggiore no já citado *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, onde se lança um significativo ataque contra a tradição penal iluminista: “O Iluminismo, com seu anti-historicismo e sua fé ilimitada no progresso, com o culto fetichista da liberdade, a sobrevaloração do indivíduo, o mito do contrato social, com a suspeita diante de qualquer forma de autoridade, antes de tudo a estatal, com a confiança na ação milagrosa do ambiente sobre a natureza humana, e por conseguinte com a ignorância e o desprezo dos valores da herança e da raça, todo este patrimônio de idéias, de princípios e prejuízos, se reproduz na construção do direito penal moderno, desde Beccaria até nossos dias. Os Códigos penais que se sucedem ao longo do século XIX são os Códigos da ideologia iluminista traduzida em princípios jurídicos... Na Itália a expressão mais típica de semelhante concepção política foi o Código zanardelliano de direito penal substantivo de 1889 e o Código de Direito Processual Penal, que leva o nome de Finocchiaro Aprile, de 1913. Veio a guerra, seguiu-se a revolução... Todo o mundo surgido da Revolução Francesa, o beatífico mundo da *Aufklärung*, agoniza nos Estados democráticos, que, no entanto, se esforçam em mantê-lo vivo; e é definitivamente sepultado nos Estados autoritários, que já deram a si mesmos uma nova fórmula política e uma nova lei de vida. O velho direito penal não pode hoje continuar existindo tal como era” (p. 149-150).

SE E POR QUE PUNIR, PROIBIR, JULGAR. AS IDEOLOGIAS PENAIS

ANA PAULA ZOMER

SUMÁRIO: 18. AS DOUTRINAS ABOLICIONISTAS: 1. Justificacionismo e abolicionismo penal; 2. O abolicionismo radical de Stirner e o abolicionismo holístico anárquico e pós-marxista; 3. Duas perspectivas abolicionistas: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar. O valor metodológico das hipóteses abolicionistas – 19. AS JUSTIFICAÇÕES RETRIBUTIVISTAS: 1. Tipologia das doutrinas de justificação. Justificações absolutas ou *quia peccatum* e relativas ou *ne peccetur*; 2. Os esquemas religiosos da vingança e da expiação e aquele mágico da troca. Kant e a retribuição ética, Hegel e a retribuição jurídica; 3. Equívocos teóricos e opções autoritárias nas doutrinas retributivistas – 20. AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS: 1. O utilitarismo jurídico e a doutrina iluminista dos limites do poder punitivo do Estado; 2. Ambivalência do utilitarismo jurídico: o objetivo da máxima segurança e aquele da mínima aflição; 3. Prevenção geral e prevenção especial. Prevenção positiva e prevenção negativa – 21. A PREVENÇÃO ESPECIAL: CORREÇÃO OU ELIMINAÇÃO: 1. Corrigíveis e incorrigíveis; 2. As doutrinas pedagógicas da emenda: a *poena medicinalis* na tradição católica e naquela idealista; 3. As doutrinas terapêuticas da defesa social: a Escola Positiva italiana e o modelo soviético; 4. O programa de Marburgo, a *new penology* americana e o projeto ressocializante da diferenciação das penas; 5. A idéia não liberal do delito como patologia e da pena como tratamento; 6. As instituições correionais posteriores à metade do século XIX – 22. A PREVENÇÃO GERAL: INTEGRAÇÃO OU INTIMIDAÇÃO: 1. Prevenção geral positiva por meio da integração; 2. A formulação iluminista da finalidade da prevenção geral negativa. A pena exemplar: Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham; 3. A prevenção geral negativa por meio da ameaça legal: Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer; 4. Os êxitos autoritários das doutrinas da prevenção geral negativa.

18. AS DOUTRINAS ABOLICIONISTAS

1. Justificacionismo e abolicionismo penal

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercer uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de “pretensão punitiva” ou de “direito de punir”?¹ Existem, e se existem, quais são as razões que tornam “justo”, ou “justificável”, ou “aceitável moral-

mente e/ou politicamente” que, à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena? E como justificar o exercício de uma violência organizada que assiste à uma multidão de sujeitos contra um único indivíduo? Tal problema colocou em segundo plano as duas outras questões de justificação externa relativas ao “se” e ao “porquê” do direito penal, quais sejam “se e porque proibir”, que antecede àquela do “se e porque punir”, e “se e porque julgar”, consequência das outras duas.

As três questões tiveram, ao longo da história, duas respostas: uma primeira em princípio positiva, e a segunda, diversamente, em princípio negativa. As respostas positivas são aquelas fornecidas pelas doutrinas que chamei de *justificacionistas*, enquanto justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis. As respostas negativas, ao invés, são aquelas fornecidas pelas doutrinas chamadas de *abolicionistas* que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrição que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais. Tanto o justificacionismo como o abolicionismo apriorístico serão, neste capítulo, submetidos a uma crítica *ética*, e, no próximo, a uma crítica *metaética*.² A mesma alternativa expressa por essas duas orientações revela, todavia, a centralidade filosófico-política do problema penal. O direito penal é o setor do ordenamento jurídico no qual a questão do *se* e do *porquê* se colocam de forma mais problemática. Inexistem no direito civil, ou comercial, ou constitucional, ou administrativo, doutrinas abolicionistas comparáveis àquelas do direito penal. As justificações filosóficas dos institutos de direito civil e constitucional – com exceção da propriedade privada e dos seus institutos afins – dizem respeito mais ao “quando” e ao “como”, do que ao “se” e ao “porquê” das suas existências. Tal fato revela que o problema da legitimidade política e moral do direito penal como técnica de controle social mediante constrições à liberdade dos cidadãos é, em boa parte, o problema da legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força.

Antes de discutir as soluções abolicionistas ao problema penal, é necessário introduzir uma precisão terminológica. Considero *abolicionistas* somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social. Ao contrário, não são abolicionistas, e sim, mais propriamente, *substitutivas* aquelas doutrinas criminológicas que, embora intencionalmente libertadoras e humanitárias, na prática convergem para o correccionalismo positivista, o qual, sob o programa da “abolição da pena”, propõe, na verdade, a substituição da forma penal de reação punitiva com “tratamentos” pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, que permanecem, contudo, sempre institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais.³ Por derradeiro, são simplesmente *reformadoras* as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas. Pessoalmente, sustentarei neste livro a necessidade de reduzir, e em perspectiva de abolir, as penas detentivas, vez

que excessiva e inutilmente aflitivas, e sob muitos aspectos danosas, além daquela de limitar as proibições penais ao restrito âmbito das exigências tutelares que definem o esquema do direito penal mínimo. Mas, ao mesmo tempo, defenderei, contra as hipóteses propriamente abolicionistas e contra aquelas substitutivas, a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à deviança socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social.

2. O abolicionismo radical de Stirner e o abolicionismo holístico anárquico e pós-marxista

O abolicionismo penal constitui um conjunto um tanto heterogêneo de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviança. Os pressupostos filosóficos e as perspectivas políticas de tais orientações são os mais diversos e vão desde o mito criado no século XVIII do “bom selvagem” e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até as configurações anárquicas e marxistas-leninistas do “homem novo” e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apoloéticas da deviança e da sociedade desregrada e livremente violenta àquelas renovadoras do final da deviança e da sociedade perfeitamente auto-regulamentada e pacificada.⁴

As doutrinas abolicionistas mais radicais são, seguramente, aquelas que não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Quer-me parecer que uma postura de tal forma radical tenha sido expressada somente pelo individualismo anárquico de Max Stirner: partindo da desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas inclusive morais, Stirner chega à valorização da transgressão e da rebelião, enquanto livres e autênticas manifestações do “egoísmo” *a-moral* do ego, cujos julgamento, prevenção e punição constituem injustiças.⁵ Trata-se de uma posição limite que, a bem da verdade, permaneceu isolada.⁶ Entretanto, podemos recordar ainda uma outra doutrina – antitética mas simétrica – que sustenta o fato da transgressão não merecer julgamento, isto é, aquela da máxima cristã “*nolite iudicare*”, baseada não sobre o valor da transgressão, mas sim sobre o desvalor moral dos julgamentos condenatórios proferidos por homens sobre outros homens, e que tem como norte o princípio moral do altruísmo⁷ ao invés daquele amoral do egoísmo.

Mais difundidas são as doutrinas abolicionistas que se limitam a reivindicar a supressão da pena enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva, e, quiçá, a abolição do direito penal, sem, contudo, sustentar a abolição de toda e qualquer forma de controle social. Contrariamente à postura amoral individualista e egoísta da filosofia de Stirner, tais doutrinas, além de serem marcadamente moralistas e de solidariedade, são claramente influenciadas por uma referência de tipo *jusnaturalista*, qual seja uma moral superior que deveria regulamentar diretamente a futura sociedade. Escritores liberais e anárquicos como Godwin, Bakunin, Kropotkin, Molinari e Malatesta não valorizam, como Stirner, a transgressão enquanto expressão normal e fisiológica do homem, justificando-a, quando muito, como um momento de rebelião e como sinal e efeito de causas sociais patológicas, razão pela qual contestam a pena, vez que inutilmente constritiva ou puramente funcional

à defesa dos contingentes interesses dominantes, vislumbrando-lhe, como substitutivos, formas de controle não jurídicas, mas sim morais e/ou sociais, tais como, “o olho público”,⁸ a “força invisível” da “educação moral”,⁹ a solidariedade terapêutica,¹⁰ a difusão social da vigilância e do controle,¹¹ a “pressão da opinião pública”.¹²

Elementos análogos de confusão holística entre direito e moral, baseados sobre o fim, pós-revolução, de toda e qualquer forma de tensão ou de conflito social, bem como sobre o caráter autocorreicional da sociedade comunista, estão presentes, inclusive, em alguns filões do marxismo político, em que, paradoxalmente, se atrelam, com uma conotação não liberal e estatista estranha ao pensamento de Marx, à idéia da futura extinção do Estado.¹³ Pensemos ao Lênin de *Estado e revolução*, que idealiza uma sociedade onde os homens, “livres da escravidão capitalista, dos inúmeros horrores, bárbaros, absurdos e ignomínias da exploração capitalista, *se acostumam*, pouco a pouco, a observar as regras elementares da convivência social... sem constrações, sem subordinações, sem aquele *especial aparelho* de constrição que se chama Estado”;¹⁴ Obviamente, faça-se exceção à posterior concepção de um novo Estado onisciente, instrumento para “a educação e familiarização à disciplina de milhares de operários”, a cujo “controle e registro” ninguém “poderá, de forma alguma, subtrair-se”.¹⁵ Pensemos, ainda, e sobretudo, ao Gramsci dos *Cadernos*, aonde se projeta, por obra do “grupo social que coloca o fim do Estado e o seu próprio fim como metas a serem alcançadas”, a criação de um “Estado ético, empenhado em pôr fim às divisões internas entre dominados etc., e em criar um organismo social unitário técnico-moral”.¹⁶ Em uma tal perspectiva ético-pedagógica, que acentua o caráter organicista e totalizante da concepção leniniana, Gramsci chega a defender uma expansão ilimitada do papel e dos conteúdos do direito, aos quais atribui “caráter educativo, criativo e formativo”,¹⁷ e, de maneira mais geral, do Estado, ao qual, da mesma forma, atribui um “papel educativo e formativo” e inclusive de “criar novos e mais altos tipos de civilização, de adequar a ‘civilização’ e a moralidade das mais vastas massas populares às necessidades do contínuo desenvolvimento do aparato econômico de produção, e de “elaborar, também fisicamente, novos tipos de humanidade”;¹⁸ consequentemente, segue-se uma paradoxal exaltação do direito penal, realizada sob a égide de uma explícita redução do direito à moral, com acentos integralistas dificilmente encontráveis em outras doutrinas, ainda que da mais rica tradição do moralismo jurídico e do direito penal máximo.¹⁹

Moralismo utopista e nostalgia regressiva por modelos arcaicos e “tradicionais” de comunidades sem direito, constituem, por derradeiro, também os traços característicos do atual abolicionismo penal, pouco original em relação à tradição anárquica e holística.²⁰ Abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi e Nils Christie repropõem as mesmas teses do abolicionismo anárquico do século XIX, oscilando – na configuração das alternativas ao direito penal, que, por si só constitui uma técnica de regulamentação e de delimitação da violência punitiva – entre improváveis projetos de microcosmos sociais fundados na solidariedade e na irmandade,²¹ vagos objetivos de “reapropriação social” dos conflitos entre ofensores e vítimas²² e métodos primitivos de composição patrimonial das ofensas,²³ com a agravante, se comparado ao abolicionismo clássico, de possuir uma maior incoerência entre *pars destruens* e *pars construens* do projeto sustentado²⁴ e de uma maior e imperdoável desatenção às tristes experiências, inclusive contemporâneas, de crise e desatualização do direito penal.²⁵

3. Duas perspectivas abolicionistas: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar. O valor metodológico das hipóteses abolicionistas

Todas essas doutrinas possuem um duplo defeito. Primeiramente, os modelos de sociedade por elas perseguidos são aqueles pouco atraentes de uma *sociedade selvagem*, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma *sociedade disciplinar*, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e, talvez, policial. Retornarei, nos parágrafos 23.4 e 25.1, a abordar, de forma mais analítica, tais alternativas abolicionistas. Por enquanto me limitarei a salientar que o caráter antitético dos dois projetos evidencia-lhes o vício comum da utopia e da regressão, vale dizer, de uma espécie de projeção no futuro das duas correspondentes e opostas mitologias do “Estado natural”, isto é, da sociedade sem regras, abandonada ao *bellum omnium contra omnes*, e daquela idílica sociedade primitiva ainda não contaminada por conflitos intersubjetivos.

Em segundo lugar, referidas doutrinas, sejam elas radicais ou holísticas, evitam todas as questões mais específicas da justificação e da deslegitimação do direito penal – da qualidade e quantidade das penas, da qualidade e quantidade das proibições, das técnicas de controle processual – desvalorizando toda e qualquer orientação garantista, confundindo em uma rejeição única modelos penais autoritários e modelos penais liberais, e, portanto, não oferecendo nenhuma contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo.²⁶ Esta esterilidade de projetos, como veremos mais adiante na análise metaética que desenvolveremos no capítulo 6, é fruto da inconsistência lógica e axiológica de ambos os projetos jusnaturalistas que se encontram na base das duas opostas versões do abolicionismo, ou seja, aquela do “princípio *amoral*” do egoísmo, que regularia a sociedade do *bellum omnium*, e aquela do “princípio *moral*” da autorregulamentação social que marca a sociedade pacificada e sem Estado. Com efeito, nenhum dos dois princípios é suficientemente idôneo para fundar alguma coisa além de sistemas ilimitadamente autoritários, posto que confiados ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais, sociais ou políticos.

Todavia, mencionadas doutrinas possuem dois méritos dignos de nota. Ainda que na configuração da sociedade moderna estas professem uma explícita confusão entre direito e moral, com perspectivas inevitavelmente não liberais, na crítica à sociedade atual, diversamente, ~~orientam-se~~ ^{orientam-se} rumo a uma radical separação, chegando mesmo à contraposição entre instâncias éticas de justiça e direito positivo vigente. Tal contraposição manifesta-se, de um lado, na deslegitimação dos ordenamentos existentes ou de seus componentes individualmente considerados, e, de outro, na justificação não das penas, mas dos delitos, dos quais as supra-referidas doutrinas evidenciam as causas sociais ou psicológicas, ou, ainda, as suas legítimas motivações políticas bem como a ilegitimidade moral dos interesses por eles lesados. O ponto de vista abolicionista – exatamente porque se coloca ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo, sendo, portanto, programaticamente *externo* às instituições penais vigentes – teve o mérito de favorecer a autonomia da criminologia crítica, de solicitar-lhe as pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a relatividade histórica e política dos interes-

ses penalmente protegidos, e, via de consequência, de contrastar, talvez mais do que qualquer outra orientação teórica, o latente “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes.

Existe ainda um segundo mérito, que igualmente deve ser reconhecido ao abolicionismo teórico e que possui um caráter mais especificamente eurístico e metodológico. Deslegitimando o direito penal de um ponto de vista radicalmente externo e denunciando-lhe a arbitrariedade, bem como os custos e o sofrimento que o mesmo traz, os abolicionistas despejam sobre os justificacionistas o *ônus da justificação*. Justificações adequadas daquele produto humano e artificial que é o direito devem conseguir reproduzir, convincentemente, o desafio abolicionista, fazendo ver não apenas que os custos que aquele comporta são inferiores às suas vantagens bem como às suas penas individualmente consideradas, às suas proibições concretas e às suas efetivas técnicas de verificação processual. E, exatamente porque o ponto de vista externo dos abolicionistas compreende aquele dos destinatários das penas, também no que tange a eles, as justificações devem ser moralmente satisfatórias e logicamente pertinentes.

19. AS JUSTIFICAÇÕES RETRIBUTIVISTAS

1. Tipologia das doutrinas de justificação. Justificações absolutas ou *quia peccatum* e relativas ou *ne peccetur*

Infelizmente, como teremos a oportunidade de ver neste e no próximo capítulo, embora as justificações da pena elaboradas no decorrer da história do pensamento jurídico e político tenham sido as mais variadas, a tal ponto que um dos grandes esforços dos penalistas modernos consiste em alinhar de forma ordenada as diversas doutrinas e dar-lhes uma classificação racional, o *ônus da justificação* do direito penal viu-se apenas parcialmente satisfeito pela cultura penalística.

Segundo uma útil distinção escolástica, proposta pelos criminalistas do século passado, as doutrinas sobre a pena, que, para contrastar com aquelas abolicionistas, chamei de *justificacionistas*, podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias denominadas de *absolutas* e teorias rotuladas como *relativas*. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.²⁷ Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor *moral* ou *jurídico* conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da *prevenção especial*, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da *prevenção geral*, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral.²⁸ Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrinas de *prevenção positiva* e doutrinas de *prevenção negativa*, dependendo do fato da prevenção – especial ou geral

– realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquentes ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes.

A diferença entre justificações absolutas ou retributivistas e justificações relativas ou utilitaristas encontra-se expressa de forma límpida em um conhecido trecho de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro.²⁹ Enquanto para as primeiras a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extrapunitivas, para as segundas, diferentemente, referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o “quando” da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o “como”.

2. Os esquemas religiosos da vingança e da expiação e aquele mágico da troca. Kant e a retribuição ética, Hegel e a retribuição jurídica

As doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo “transformar mal em mal”.³⁰ Trata-se de um princípio com origens seculares, e que esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a “vingança de sangue”.³¹ Presente na tradição hebraica sob a forma de preceito divino,³² incorporada inobstante o preceito evangélico do perdão³³ na tradição cristiana e católica – de São Paulo,³⁴ Santo Agostinho³⁵ e Santo Tomás³⁶ até Pio XII³⁷ tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da “vingança” (*ex parte agentis*), da “expiação” (*ex parte patientis*) e do “reequilíbrio” entre pena e delito.

Estas três idéias exercitaram sempre um fascínio irresistível no pensamento político reacionário³⁸ e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística. Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto,³⁹ e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma *retribuição jurídica*, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado.⁴⁰ Na realidade, como melhor veremos, as duas teses são apenas aparentemente distintas, pelo menos no que tange a Hegel, vez que, concebendo o Estado enquanto “espírito ético” ou “substância ética”, ou, ainda, simplesmente *ethos*,⁴¹ também a idéia de retribuição “jurídica” baseia-se em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado,⁴² para não dizer no imperativo penal individualmente considerado.

Inobstante a autoridade de Kant e de Hegel, tais versões da doutrina retributiva da pena são insustentáveis. Na base de ambas, como observou Morris Ginsberg, existe uma obscura mas radicada crença na existência de um certo nexos necessário entre culpa e punição.⁴³ Com efeito, trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a idéia da pena como restauração ou

remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito. A única diferença é que, enquanto nas concepções arcaicas de tipo mágico-religioso a idéia da retribuição é ligada à objetividade do fato com base em uma interpretação normativa da natureza, naquelas cristãs-modernas, sejam de tipo ético, sejam de tipo jurídico, esta se conecta à subjetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto da moral como do direito. Em todos os casos essa distinção primordial da justiça penal é filosoficamente absurda. Assim sendo, continua insuperada a óbvia objeção extraída de Platão de que “o que foi feito não pode ser disfeito” e reproduzida por Sêneca no trecho já recordado: “nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur”.⁴⁴ E, aliás, é exatamente a irreparabilidade que distingue os ilícitos penais daqueles civis,⁴⁵ considerando que a pena, diferentemente da reparação de danos, não é uma “retribuição”, nem uma “reparação”, nem uma “reintegração”, senão no sentido mágico ou metafísico supra-ilustrado. Somente a dialética hegeliana, com a sua definição da pena enquanto negação (do direito e portanto) da negação (do direito), poderia conseguir dar veste teórica a uma tal superstição consentindo de conceber como “lógica” a circunstância de um fato poder negar um outro fato.⁴⁶

A idéia de que o infligir pena possua um seu valor intrínseco e não busque outro fim que não a justa retribuição dos delitos, pareceu, aos olhos de Alf Ross, tão enormemente privada de sentido, que o mesmo chegou a supor que ninguém a houvesse jamais sustentado seriamente.⁴⁷ Tal suposição, infelizmente, é equivocada. É impossível negar que a concepção retributivista da pena tenha sido expressamente teorizada, não apenas por Hegel e Kant, mas, e antes mesmo, por Campanella,⁴⁸ Selden,⁴⁹ Leibniz⁵⁰ e Genovesi,⁵¹ bem como, e posteriormente, de maneira ainda mais tenaz, por uma grande série de filósofos, e, principalmente, de juristas. Basta recordarmos, entre os maiores expoentes, Pellegrino Rossi,⁵² Antonio Rosmini,⁵³ Terenzio Mamiani,⁵⁴ Enrico Pessina,⁵⁵ Tancredi Canonico,⁵⁶ Giuseppe Maggiore,⁵⁷ Giuseppe Bettiol⁵⁸ e Vittorio Mathieu,⁵⁹ na Itália, Ludwig Heinrich Jakob,⁶⁰ Julius Friedrich Abegg,⁶¹ Albert Friedrich Berner⁶² e Karl Binding⁶³ na Alemanha, o juiz vitoriano James Fitzjames Stephen⁶⁴ na Inglaterra, e, mais recentemente, a orientação anticorreicional desenvolvida nestes últimos anos nos Estados Unidos sob o título de *Justice Model*, que agrega as orientações liberais de Morris, Hawkins e Fogel àquelas moralistas de Singer e Dershowitz baseadas na idéia de “pena merecida”, bem como, e por derradeiro, aquelas alarmistas de Van Haag e de Von Hirsch.⁶⁵

É bem verdade que em outros casos a qualificação de algumas teorias como retributivistas é absolutamente imprópria e deita raízes em um equívoco cometido pelos seus intérpretes e, às vezes, até mesmo pelos seus próprios autores. O caso mais emblemático é aquele de Ugo Grócio, o qual, normalmente, vem classificado entre os retributivistas em razão de sua conhecida definição da pena como “malum passionis, quod infligitur ob malum actionis”⁶⁶ e que, ao contrário, como teremos a oportunidade de constatar, pode ser considerado o primeiro defensor moderno de uma doutrina penal utilitarista. Discurso análogo pôde ser feito com relação a muitos juristas da Escola Clássica italiana, tais como Francesco Carrara e Antonio Buccellati, ou, igualmente, para o alemão Johannes Nagler e para o inglês J. D. Mabbott, cuja insistência nas teses retributivas parece seja devida, unicamen-

te, à preocupação garantista de que um diverso fundamento da pena – relativo ao (delito) futuro em vez do que ao (delito) passado – pudesse comprometer aquele princípio basilar da civilização, expresso pelo postulado garantista *nulla poena sine crimine*, em base ao qual somente quem cometeu um delito pode ser punido.⁶⁷

3. Equívocos teóricos e opções autoritárias nas doutrinas retributivistas

Esta preocupação ressalta um equívoco teórico que, *mutatis mutandis*, encontra-se na base de todas as doutrinas retributivas. Tal equívoco, evidenciado por Herbert Hart, consiste na confusão que tais doutrinas fazem entre dois problemas completamente diversos, ou seja, entre o problema da “finalidade geral justificadora” da pena, que não pode deixar de ser utilitarista e voltada para o futuro, e aquele da sua “distribuição”, que, por sua vez, ocorrendo em bases retributivas, diz respeito ao passado,⁶⁸ o que equivale a dizer, como proposto por Ross, entre o problema da “finalidade” da legislação penal e aquele da “motivação” com a qual uma pena é imposta.⁶⁹

Referida confusão, por sua vez, depende da não distinção entre a razão legal e a razão judicial da pena.⁷⁰ Usando a linguagem com a qual decompus e reformulei o problema da legitimação do direito penal, podemos dizer que trocou-se a questão do “porquê punir?”, atinente à legitimidade externa da pena, com a questão do “como punir?”, que, ao contrário, diz respeito à legitimação interna, admitindo, assim, como resposta, precisamente o princípio retributivo, isto é, a primeira garantia do direito penal em razão da qual a condição necessária da pena é, antes de mais nada, o cometimento de um delito. É igualmente significativo que o mesmo equívoco tenha cometido, sucumbindo às sugestões da doutrina hegeliana, o principal crítico ao direito marxista do direito penal moderno, Evgenij Pasukanis, o qual, invertendo, por seu turno, a razão judicial com a razão legal da pena, ou seja, o problema do “quando punir” com aquele do “porquê punir”, repudiou o princípio garantista da retribuição penal, individuando uma “variedade da forma fundamental da sociedade moderna: a forma equivalente”.⁷¹

É claro – uma vez dissipado o equívoco – que as doutrinas que conferem à sanção penal o “objetivo” de retribuir, de reparar ou de reprimir os delitos, na verdade elidem o problema da justificação externa da pena. Com efeito, dizer que a pena é justificada *ob malum actionis*, ou *quia peccatum*, ou *quia prohibitum*, ou similares, equivale a dizer *quando* se justifica (ou é possível ou lícito) punir; absolutamente não equivale a dizer *porque* é justificado (ou necessário, ou oportuno) punir. Por outro lado, esclarecido o equívoco, cai por terra também o mais usado dos argumentos, com o qual muitos correicionistas, como Pasukanis, contestaram a garantia retributiva e aquelas que lhe são conexas, da certeza e da duração da pena, isto é, que estas refletiriam uma concepção vindicativa, sinalagmática ou retributivista da “finalidade” da pena.

Naturalmente o equívoco não pode ser admitido pelas doutrinas retributivistas propriamente ditas, posto que as mesmas se satisfazem com a idéia de que a pena-retribuição possui um valor intrínseco enquanto fim em si própria. Nesses casos, melhor dizendo, não existe nenhum equívoco, e seria tolo esconder a essência filosófica de tais concepções atrás de um simples mal-entendido. Tais doutrinas, que, como vimos, são mais do que difusas, só podem ser explicadas enquanto fruto, relativamente consciente, de uma total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação in-

terna e justificação externa.³ A confusão é explícita nas concepções da pena enquanto “retribuição ética”, que lhe atribuem diretamente um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao delito.⁷² Entretanto, é implícita também nas doutrinas que consideram a pena uma “retribuição jurídica”, as quais, conferindo valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam reintegrar,⁷³ equivalem a uma legitimação moral ainda mais apriorística e incondicionada daquelas. No primeiro caso, aliás, a confusão se manifesta sob a forma de *moralismo* ou *substantialismo jurídico*, segundo o velho esquema jusnaturalístico, e, no segundo, como *legalismo* ou *formalismo ético*, em razão daquela perversão ideológica e autoritária do positivismo jurídico segundo a qual o direito se autojustifica, bastando para tanto a sua forma e a sua fonte, independentemente do seu conteúdo. Em ambos os casos a argumentação justificativa possui o caráter circular de uma petição de princípio. Tal afirmação vem confirmada pelo fato de que as doutrinas retributivistas não conseguem fornecer uma resposta (e nem mesmo a formulam) à pergunta “por que proibir?”, que constitui pressuposto lógico daquela do “porquê punir?”. Com efeito, tanto para as doutrinas da retribuição moral como para aquelas da retribuição jurídica, as proibições penais, ladeadas pelas penas, possuem fundamento em si próprias, vale dizer, no desvalor ético ou quando menos metajurídico conferido por aquelas ao delito em si (*prohibitum quia peccatum*) e por estas à violação do dever geral e metalegal de obediência às leis (*peccatum quia prohibitum*).⁷⁴

Conseqüentemente, tais doutrinas revelam-se idôneas para justificar modelos não liberais de direito penal máximo, vez que solidárias ou com concepções jurídico-substanciais do delito e da verdade judiciária, ou com concepções ético-formalistas do delito e dos poderes punitivo e proibitivo. Supérfluo acrescentar que referidas doutrinas não conseguem ofertar qualquer réplica às doutrinas abolicionistas: se o único objetivo da pena fosse a troca do mal com o mal, ou uma espécie de “talião” ou de “vingança espiritualizada”,⁷⁵ isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas.

20. AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS

1. O utilitarismo jurídico e a doutrina iluminista dos limites do poder punitivo do Estado

Uma vez excluída a idéia de que a pena não possa ser justificada olhando-se para o passado, ou seja, como se ela própria fosse um fim ou um valor, coloquemos em discussão as possíveis justificações que a tratam enquanto meio para fins que dizem respeito ao futuro.

A concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos. Esclareço logo que esta dissociação entre meios penais e fins extrapenais idôneas a justificar-los – consentindo um balanceamento entre os custos representados pelas penas e os danos que estas têm o fim de prevenir, como também um reconhecimento empírico sobre a adequação entre meios e fins – é uma condição necessária, mesmo se não suficiente para que: a) A legitimação externa

da pena seja separada da sua legitimação interna, isto é, seja assegurada a separação entre direito e moral que impede a autolegitimação do primeiro prescindindo dos seus conteúdos; b) Seja possível responder, além da pergunta “por que punir?” à pergunta que lhe é prejudicial “por que proibir?”, a qual, evidentemente, desloca tanto a pena como as proibições em si consideradas para finalidades externas; c) Seja possível replicar em maneira pertinente e persuasiva às teses abolicionistas do direito penal, por meio do confronto entre os custos das penas que aquelas evidenciam e os danos que sem estas seriam produzidos. Como teremos a oportunidade de ver mais detalhadamente no parágrafo 23, dedicado à análise metaética do problema da justificação, uma doutrina penal, somente quando consegue satisfazer todas estas condições – e não apenas em relação às questões do “porquê”, mas, também, àquelas do “quando” e do “como” das penas, das proibições e dos julgamentos – pode, concomitantemente a “justificações” racionais, fundar modelos minimalistas e garantistas do direito penal e dos seus institutos individualmente considerados.

O utilitarismo, não fosse pelo fato de que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. Aliás, não é por acaso que constitui um elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal, tendo-se desenvolvido como doutrina política e jurídica – excluídas as suas remotas ascendências em Platão,⁷⁶ em Aristóteles⁷⁷ e em Epicuro⁷⁸ – em razão do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, implementador do Estado de direito e do direito penal moderno. “A finalidade da lei, para a qual orienta as suas disposições e sanções”, afirma Francis Bacon, “não é outra que a felicidade dos cidadãos”.⁷⁹ E é exatamente o bem-estar dos cidadãos realizado através da tutela das suas vidas e de seus outros bens *fundamentais* o ponto de vista *externo* sobre o qual até mesmo Hobbes baseará a justificação daquele “grande Leviatã chamado Estado, o qual nada mais é do que um homem *artificial*, ainda que de maior estatura e força do que o *natural*, para cujas proteção e defesa foi concebido”.⁸⁰ “O governo”, proclama o art. 3 da Declaração dos Direitos da Virgínia, “é, ou deve ser, instituído para a utilidade comum, proteção e segurança do povo, da nação ou comunidade. De todos os diversos modos e formas de governo, o melhor é aquele que consegue produzir o maior grau de felicidade e de segurança”. No direito penal este nexos entre utilitarismo, contratualismo, convencionalismo e racionalismo se revela na fundação das proibições e das penas enquanto “instrumentos” de *tutela* dos cidadãos. No dizer de Grócio, a pena não é “*tantum puniendi causa*”, mas deve, sim, perseguir utilidades futuras, tais como a “*emendatio*” do réu e a prevenção dos delitos por meio do exemplo.⁸¹ “Na cominação das penas”, afirma Hobbes, polemizando com o retributivismo vingativo, “não é necessário preocupar-se com o mal enfim passado, mas sim com o bem futuro, ou seja, não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta... A vingança, em não se referindo ao futuro e sendo fruto de glória vã, é um ato contrário à razão”.⁸² Analogamente, Locke define a pena como um “péssimo negócio para o ofensor”, a ponto de “dar-lhe motivo para arrepender-se do ato cometido e desestimular os demais a fazerem o mesmo”.⁸³ Pufendorf, por seu turno, a define como “*praecautio laesionum et injuriarum*”, não ditada por paixões de vingança, mas dirigida apenas “*acerbitate sua homines a peccatis deterredi*”;⁸⁴ Thomasius segrega a função retributiva e expiatória no mundo exclusivo das “*poenae*

divinae” pela sua natureza voltada ao passado, enquanto requer para as “poenae humanae” que sejam voltadas para o futuro e precisamente para a “emendatio” do réu e “asecuratio” da sociedade.⁸⁵ Por derradeiro, na época do iluminismo, a função utilitarista da pena tornou-se a base comum de todo o pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral. As aflições penais – afirmam em uníssono Montesquieu,⁸⁶ Voltaire,⁸⁷ Beccaria,⁸⁸ Blackstone,⁸⁹ Filangieri,⁹⁰ Pagano,⁹¹ Hume,⁹² Bentham⁹³ e Von Humboldt⁹⁴ – são preços necessários para impedir males maiores, e não homenagens à ética ou à religião, ou, ainda, ao sentimento de vingança. Sempre, em todas estas formulações, a concepção utilitarista e secularizada da pena acompanha – e às vezes vale diretamente para fundar – o conjunto dos princípios garantistas reivindicados enquanto princípios de direito natural, tais como a estreita legalidade, a resposta da pena ao delito, a ofensividade, a exterioridade e a culpabilidade da ação criminosa, a jurisdicionalização e o ônus da prova.⁹⁵

2. Ambivalência do utilitarismo jurídico: o objetivo da máxima segurança e aquele da mínima aflição

Mesmo sendo um pressuposto necessário, o utilitarismo não é, todavia, uma condição por si só suficiente para fundar, no plano teórico, sistemas garantistas de direito penal mínimo. Em que coisa consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo direito penal? Quais são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos? É da resposta a estas perguntas que dependem os contornos garantistas das concepções utilitaristas da pena.

Existe uma primeira versão do utilitarismo, de natureza indiscutivelmente autoritária e solidária com modelos de direito penal máximo, que é aquela *ex parte principis*, quer refira-se ele, realisticamente, à utilidade dos governantes, como na célebre definição de justiça sustentada por Trasímaco no primeiro livro da República de Platão,⁹⁶ quer, ao invés, diga respeito, idealmente, à utilidade do Estado, concebido como sujeito político autônomo e acima da sociedade. São, indiscutivelmente, utilitaristas os teóricos realistas e decisionistas da “razão de Estado”, desde Maquiavel a Carl Schmitt, que, enunciando abertamente a primazia da política, não apenas sobre a moral mas, inclusive, sobre o direito, assumem, como seu critério guia, o interesse do príncipe ou do Estado, o qual, por sua vez, identifica-se com o seu instinto ou com a sua vontade de poder. Tais doutrinas, das quais falarei amplamente no capítulo 12 dedicado ao direito penal de exceção, são, a bem da verdade, relativamente raras no direito penal, seja porque nesta matéria a razão de Estado foi sempre mais praticada que explicitamente teorizada, seja porque os juristas preferiram sempre encobrir a primazia da razão de Estado sobre a razão jurídica com as vestes edificantes do legalismo e do estatismo ético, próprio, por exemplo, das concepções formalistas da retribuição jurídica. Obviamente, tais doutrinas, vez que inspiradas na máxima de que “os fins justificam os meios”, são, por princípio, antitéticas ao modelo do Estado de direito enquanto sistema de poder disciplinado e limitado pelas regras do jogo que formam o “meio” direito, sendo idôneas a justificar sistemas de direito penal ilimitado, de caráter substancialista e inquisitório, especialmente no que tange aos delitos políticos que turbem em qualquer modo os interesses políticos do Estado e o exercício do poder de governo.

De outra parte é um utilitarismo *ex parti populi* que marca a filosofia penal de origem contratualista e iluminista, e que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade

não mais dos governantes mas, sim, dos governados. “As leis”, escreve Condorcet, “são feitas para a utilidade dos cidadãos, que a elas devem obediência, e não daqueles encarregados de fazer com que estas sejam respeitadas”.⁹⁷ É claro que somente este utilitarismo expressa um ponto de vista externo ao sistema jurídico, e tem, portanto, condições de fundar, juntamente com a separação axiológica entre direito e moral enunciada no parágrafo 15.3, modelos de direito penal mínimo e garantista. Todavia, mesmo este tipo de utilitarismo é uma doutrina ambivalente. Com efeito, podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à *máxima utilidade possível* garantida à *maioria formada pelos não deviantes*; uma segunda é aquela que a equivale ao *mínimo sofrimento necessário* a ser impingido à *minoría formada por deviantes*. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados. É claro que a primeira versão não pode exigir nenhum limite ou garantia na intervenção punitiva, sendo idônea, pois, para fundar, inclusive, modelos de direito penal máximo. A segunda, por seu turno, é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois, a justificação somente se suas intervenções forem limitadas ao mínimo necessário. Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais perversivas e não liberais. Obviamente, o utilitarismo, se concebido neste sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo, ao passo que se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificar-se-ão somente os meios mínimos, vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais.

Analisarei no próximo capítulo o modelo de justificação baseado na integração destas duas versões do utilitarismo penal. Enfatizo, por hora, que a tradição penal utilitarista, mesmo em não se considerando as doutrinas que assumem a razão de Estado como critério de avaliação da finalidade da pena, amolda-se, inteiramente, à primeira de tais versões. “A maior das felicidades dividida no maior número possível” é a fórmula política utilitarista proclamada por Beccaria e repetida por Bentham.⁹⁸ É fato que no pensamento iluminista existem alguns enunciados genéricos também da segunda versão: “Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique”, escreve Montesquieu.⁹⁹ “Foi a necessidade, portanto”, escreve Beccaria, “que forçou os homens a cederem parte da própria liberdade; por consequência, ele está certo de que cada um deles não quis depositar, na esfera pública, nada além da mínima porção possível, bastante para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça, é fato mas não mais direito”.¹⁰⁰ Analogamente, Bentham, Romagnosi e Carmignani trazem à colação a “necessidade” como critério de justificação da pena,¹⁰¹ assim como o princípio de que a “lei não deve estabelecer nada além de penas estrita e evidentemente

necessárias” encontra-se inserido em todas as constituições emanadas da Revolução Francesa.¹⁰² Todavia, tais indicações, vez que restaram ancoradas à concepção majoritária da utilidade que a mera prevenção dos delitos representa, mostraram-se incapazes de sugerir critérios de efetiva delimitação e minimização do direito penal, e, assim, cairão por terra, tanto em razão das constituições como também das doutrinas utilitaristas do século XIX, todas voltadas para modelos correicionais ou intimidativos de direito penal máximo ou ilimitado, em uníssono com a reação antiluminista.

3. Prevenção geral e prevenção especial. Prevenção positiva e prevenção negativa

Coerentemente com o critério de máxima utilidade para o maior número de pessoas, correspondente à primeira das duas versões retroexpostas do utilitarismo penal, todas as doutrinas utilitaristas sempre conferiram à pena um objetivo único, qual seja a prevenção dos futuros delitos, tutelando, assim, a maioria não deviante, e deixando de lado aquele da prevenção das reações arbitrárias ou excessivas, tutor da minoria deviante e daqueles assim considerados, a ponto de justificar a indistinta qualificação das mesmas como doutrinas da “defesa social” em sentido lato.¹⁰³ Com efeito, as quatro finalidades preventivas comumente indicadas pelo utilitarismo penal como justificações da pena, quais sejam a emenda ou correição do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imitar-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o conseqüente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados dizem respeito somente à prevenção dos delitos.

No pensamento jurídico-filosófico que vai de Platão até os iluministas estas diversas finalidades são, normalmente, genérica e cumulativamente indicadas: “Genius poenarum humanarum finis est, praecautio laesionum et injurarum; quae provenit, si vel in melius emendetur qui peccavit, aut alii ejus exemplo ne deinceps velint peccare, vel si ita coerceatur, qui peccavit, ut non possint deinceps nocere”, escreve Pufendorf.¹⁰⁴ E Bentham fala, ainda mais sinteticamente, de “incapacitação, correção e intimidação”.¹⁰⁵ Somente no final do século XVIII, em razão, sobretudo, da obra dos juristas, as doutrinas utilitaristas ou relativas se diferenciam entre si, pelo fato de a finalidade preventiva por estas escolhida constituir ou não o objetivo único ou privilegiado da pena.¹⁰⁶ A partir do final do século passado, entretanto, assiste-se ao retorno de concepções polivalentes e variadamente ecléticas da finalidade do direito penal, seja atribuindo vários fins distintamente aos vários tipos de pena, diversificados de acordo com os tipos de delinqüente, seja, ao contrário, associando-o aos diversos momentos do *iter* institucional da intervenção punitiva, vale dizer, à previsão legal, à aplicação judicial, ou à execução administrativa da pena.¹⁰⁷ Segundo a classificação já recordada, todas estas doutrinas podem, portanto, ser distinguidas segundo dois critérios, quais sejam: aquele que diz respeito à esfera dos destinatários da prevenção, *geral* ou *especial*, dependendo do fato de que o *ne peccetur* refira-se somente à pessoa do delinqüente ou aos cidadãos em geral; e aquele que diz respeito à natureza das prestações da pena, *positivas* ou *negativas*, dependendo dos destinatários da prevenção penal.¹⁰⁸ Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial*

negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.

Em todos os casos, a prevenção, mesmo interpretada em maneiras diversas pelas várias doutrinas utilitaristas, é concebida exclusivamente para o cuidado na repetição dos “*délits semblables*”¹⁰⁹ por parte do réu ou de outros sujeitos. Tal fato faz do moderno utilitarismo penal um *utilitarismo bipartido*, voltado somente para a utilidade da maioria e, conseqüentemente, exposto à tentação da autolegitimação e a desdobramentos autoritários em direção a modelos de direito penal máximo. Por outro lado, como melhor analisaremos, a heterogeneidade entre custos penais suportados pelos réus e utilidade obtida pelos não réus torna incongruente a comparação, e, conseqüentemente, a justificação, dos primeiros com os segundos; ademais, expõe a maior parte das doutrinas utilitaristas, e, em particular, todas aquelas da prevenção negativa, à objeção moral kantiana segundo a qual nenhum homem pode ser tratado como um “puro meio” para fins que não são seus.¹¹⁰

21. A PREVENÇÃO ESPECIAL: CORREÇÃO OU ELIMINAÇÃO

1. Corrigíveis e incorrigíveis

As doutrinas que justificam a pena através da função de *prevenção especial*, ainda que remontem aos primórdios do pensamento filosófico penal, tiveram um próspero desenvolvimento, principalmente graças à cultura penalista da segunda metade do século XIX e do século XX. Contrariamente às teorias contratualistas e jusnaturalistas da época iluminista, que expressavam o apelo liberal e revolucionário da tutela do indivíduo contra o despotismo do velho Estado absolutista, referidas doutrinas refletem as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que emergirão da crise deste. Assim, parece-me um erro de perspectiva a opinião de Michel Foucault segundo a qual a transformação em sentido correicional e disciplinar da cultura penalista deveria ser colocada no início da Idade Moderna.¹¹¹ As enunciações das finalidades correicionais da pena por parte dos iluministas, como vimos, permanecem genéricas e entrelaçadas com aquelas muito mais elaboradas da função de prevenção geral negativa, que, como veremos, em termos assim genéricos, certamente não constituem uma novidade. Doutrinas e legislações penais de tipo propriamente correicional desenvolveram-se, por sua vez, somente na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social, são ou doente, sobre o qual são chamadas a exercer o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. E é a esta altura que o projeto iluminista e puramente humanitário do *punir menos* converte-se naquele disciplinar e tecnológico do *punir melhor*.

O projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correicionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* da reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados. Esta duplicidade do fim, positivo e negativo, é comum a todas as três orienta-

ções nas quais é possível distinguir, com base nas suas motivações filosóficas e políticas, as diversas teorias da prevenção especial, ou seja, desde as doutrinas moralistas de *emenda* àquelas naturalistas da *defesa social*, bem como àquelas teleológicas da *diferenciação* da pena. Por mais diversas e até mesmo antitéticos que possam ser as matrizes ideológicas, todas estas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. Ademais, cultivam um programa comum que, de maneira inflexível, concorda com as suas premissas éticas, deterministas, ou pragmáticas, vale dizer, o uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades deviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social.

2. As doutrinas pedagógicas da emenda: a *poena medicinalis* na tradição católica e naquela idealista

As doutrinas da emenda são, sem sombra de dúvida, aquelas de origem mais remota. Fruto de uma concepção espiritualista do homem, inspirada no princípio do livre-arbítrio na sua forma mais abstrata e indeterminada, desenvolveram uma antiga ilusão repressiva, ou seja, a idéia da *poena medicinalis*, formulada por Platão¹¹² e reelaborada por Santo Tomás, segundo a qual os homens que delinquentes podem não apenas ser punidos, mas, inclusive, ser obrigados pelo Estado a tornarem-se bons.¹¹³ Esta visão pedagógica da pena, não ignorada pelo direito romano,¹¹⁴ orienta, na época medieval, todo o direito penal canônico,¹¹⁵ encontrando-se também na base do projeto penal de Thomas More, que, às portas da Idade Moderna, elabora, em caráter realisticamente utópico, a primeira concepção da privação da liberdade pessoal como pena voltada à reeducação,¹¹⁶ e, sob este prisma, indeterminada na sua duração,¹¹⁷ comutável em pena de morte sempre que o réu se mostre irrecuperável¹¹⁸ e, ao mesmo tempo, utilizável como medida de prevenção e de ordem pública.¹¹⁹ Representa, ademais, o motivo inspirador da primeira doutrina orgânica da diferenciação penal, vale dizer, aquela de Giambattista Vico, que, partindo de uma concepção ético-intelectualista do crime enquanto fruto da “ignorância”,¹²⁰ desenvolve uma doutrina da pena concebida enquanto sanção diferenciada em base à capacidade dos réus de sentir “vergonha” e de adquirir “consciência” das suas culpas.¹²¹ De resto, como outrora acenei, o objetivo da emenda vem conferido à pena, ainda que genérica e conjuntamente às prevalentes finalidades de prevenção geral, também por Hobbes, Grócio, Pufendorf, Thomasius e Bentham.¹²²

Esta ordem de idéias, entretanto, é ligada muito mais às tradições hebraico-cristã, platônica e medieval que à cultura iluminista propriamente dita. Já Santo Tomás – repristinando uma tese de Platão e de Aristóteles – havia proposto, para os casos em que a medicina da alma não tivesse surtido efeitos positivos, a intervenção negativa do cirurgião: “Sicut medicus in sua operatione intendit sanitatem, quae consistit in ordinata concordia umorum, ita rector civitatis intendit in sua operatione pacem quae consistit in civium ordinata concordia. Medicus autem abscindit membrum putridum bene et utiliter, si per ipsum immineat corruptio corporis. Juste igitur occidat ne pax civitatis turbetur”.¹²³ E, antes ainda, a idéia da pena como resgate saudável deita raízes na concepção bíblica do sofrimento como preço ou forma de sacrifício para a expiação dos pecados e da reconciliação do homem com Deus.¹²⁴ Isto para não mencionar-mos as concepções de penitência e liberação da confissão, do remorso,

da vergonha e do arrependimento, pertencentes, inclusive, às tradições judaica, católica, e das religiões em geral, bem como às culturas primitivas.¹²⁵

Ligada a estas antigas e jamais abandonadas tradições, a idéia da pena como remédio da alma – quase que mais um bem do que um mal para quem a suporta – readquire vigor, de outra parte, no século XIX, inspirando, ainda que com entonações diferentes, ambas as versões do moderno pedagogismo penal, ou seja, aquela católica, sustentada, v.g., por Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza e Francesco Carnelutti,¹²⁶ e aquela idealista, sustentada na Itália por Ugo Spirito¹²⁷ e que remonta a Fichte e a Eduardo Henke.¹²⁸ Segundo tais autores, a finalidade da pena é a reeducação e a recuperação moral do condenado, partindo do pressuposto de que o mesmo seja um sujeito imoral que deve redimir-se. Naturalmente esta concepção pedagógica e benéfica da função repressiva, se, por um lado, é válida para subtraí-la à objeção kantiana segundo a qual nenhum homem pode ser tratado como meio para fins que não são seus, por outro vem acompanhada de uma concepção repressiva da função pedagógica. Aliás, não é por acaso que, neste terreno, as doutrinas da emenda encontram-se com aquelas da retribuição moral, as quais, igualmente, concebem a dor como medicina da alma e fator de resgate, segundo o nebuloso princípio “non fit redemptio sine effusione sanguinis”.¹²⁹

3. As doutrinas terapêuticas da defesa social: a Escola Positiva italiana e o modelo soviético

As doutrinas positivistas da defesa social partem de princípios filosóficos diametralmente opostos, e perseguem a prevenção especial dos delitos conferindo às penas e medidas de segurança, mais especificamente, a dupla finalidade de curar o condenado (partindo do pressuposto de que ele seja um indivíduo doente) e/ou de segregá-lo e neutralizá-lo em razão do pressuposto de que ele também seja perigoso. Elaboradas sobretudo na Itália, pela escola positiva de Enrico Ferri,¹³⁰ Raffaele Garofalo,¹³¹ Eugenio Florian,¹³² e Filippo Grispigni,¹³³ foram amplamente difundidas na França, Espanha e na América Latina.¹³⁴ Todavia, neste século viram-se grandemente repristinadas também em ambientes anglo-saxões, em particular por Barbara Wootton,¹³⁵ e, mesmo com premissas diversas, na União Soviética, por Lênin, Evgenij B. Pasukanis e Petr I. Stucka.¹³⁶

A idéia central desta tendência é a de que o delinqüente é um ser antropológicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa. Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas tecnicamente apropriadas às diversas exigências terapêuticas da defesa social, vale dizer, higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinqüente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime.¹³⁷ Segregação por tempo indeterminado, com revisões periódicas das sentenças e adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinqüentes em vez daquelas jurídicas do delito constituem os princípios do novo sistema defensivo.¹³⁸

Contrariamente às doutrinas pedagógicas da emenda, que, tanto quanto aquelas retributivistas e da intimidação geral, pressupõem o princípio do livre-arbítrio, referidas doutrinas constituem a versão penalista e criminológica do determinismo positivista, ou seja, de uma concepção oposta mas igualmente metafísica do homem, visto como

entidade animal privada de liberdade e inteiramente sujeita às leis da necessidade natural.¹³⁹ Mais precisamente, representam o resultado de uma infeliz mistura das idéias de Lombroso, acerca do “delinqüente nato” ou “natural” e sobre a natural desigualdade dos homens, daquelas de Spencer sobre a sociedade enquanto “organismo social” e daquelas de Darwin acerca da seleção e da luta pela existência, que, se aplicadas a tal “organismo”, legitimam-no a defender-se das agressões externas e internas por meio de práticas socialmente profiláticas.¹⁴⁰ Assim, sobre estas bases, desenvolveram o projeto de uma sociedade orgânica e integrada, submetida mais ao controle científico do que àquele moralista do Estado, e feita objeto deste, em seus elementos deviantes, por meio de práticas medicinais de tipo terapêutico ou cirúrgico. Escreve Ferri: “Entrar em um estabelecimento para condenados produzirá, quando os dados científicos sobre a gênese do delito tornarem-se consciência comum, os mesmos sentimentos desencadeados por uma visita a um estabelecimento de loucos ou de doentes comuns”.¹⁴¹

4. O programa de Marburgo, a *new penology* americana e o projeto ressocializante da diferenciação das penas

Por derradeiro, existe uma terceira orientação correicionalista, qual seja aquela teleológica e pragmática que confia a função de prevenção especial das penas às suas individualizações e diferenciações. Tal orientação reporta-nos normalmente a Karl Grolman, que, no final do século XVIII concebeu a pena como meio de intimidação do réu que deveria ser judicialmente adequado à sua personalidade “in concreto”.¹⁴² Grolman, entretanto, nunca associou finalidade propriamente corretiva à idéia de individualização da pena.¹⁴³ Quem, ao contrário, buscou e desenvolveu esta idéia dentro de uma doutrina orgânica teleológica e correicionalista foi Franz von Liszt, que, no seu *Programa de Marburgo* de 1882, elaborou um modelo de direito penal concebido enquanto instrumento flexível e polifuncional de “ressocialização”, de “neutralização” ou de “intimidação”, dependendo dos diversos “tipos” — “adaptáveis”, “inadaptáveis” ou “ocasionais” — de delinqüentes tratados.¹⁴⁴ Em relação a estes três fins, diversos e alternativos entre si, Liszt propôs uma diferenciação dos “*instrumentos punitivos* singularmente considerados” a fim de “adaptar a pena segundo o seu tipo e a sua extensão, na conquista do objetivo possível e necessário em cada caso concreto”,¹⁴⁵ que se extrai não do “tipo penal” “in abstrato”, mas, sim “*deste delito em si*”, ou seja, da “ação concreta”, a qual “é inseparável da pessoa do autor”, vale dizer, “*este ladrão*”, “*este assassino*”, “*esta testemunha mentirosa*”, “*este estuprador*”.¹⁴⁶

O resultado é uma doutrina eclética da “pena-defesa” que se dissocia daquela puramente intimidativa de Grolman, vez que inspirada, simultaneamente, nos princípios da defesa social e da incapacitação (para os irrecuperáveis), da emenda (para os necessitados de ressocialização), da intimidação especial e geral (para os delinqüentes ocasionais e pessoas em geral) e, até mesmo, da retribuição, posto que — diz Liszt — “a *pena-defesa* é a pena retributiva compreendida em seu sentido justo”, ou seja, “justa no caso concreto”.¹⁴⁷ O êxito prático desta doutrina entretanto, é substancialmente convergente com aquele das orientações positivistas da defesa social, concretizando-se em uma tendencial subjetivização dos tipos penais, bem como na proposta, que tanta sorte irá ter na cultura e na prática penalista deste século, da diferenciação da pena segundo a personalidade dos réus. Ao depois, o fato de tal êxito contradizer os princípios da certeza e da estrita legalidade penal,

dos quais Liszt sempre se proclamou corajoso defensor,¹⁴⁸ demonstra apenas a característica teórica eclética de tal posicionamento.

No que tange às doutrinas espiritualistas da emenda e àquelas positivistas da defesa social, esta “teoria da finalidade” penal é, certamente, menos condicionada por pressupostos filosóficos. De uma forma mais imediata, esta reflete o projeto autoritário de um liberalismo conservador que identifica, abertamente, a ordem a ser defendida penalmente com a estrutura de classes existente, sem excessivas preocupações, inobstante a centralidade conferida à “idéia da finalidade”, de uma justificação axiológica, naturalística, ou, até mesmo, somente teleológica. Como prova de tal assertiva temos o instinto classista com o qual Franz von Liszt identifica os “irrecuperáveis”, vale dizer, “a luta contra a delinquência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Este conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo desta corrente, frise-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de *proletariado*. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados e dados à prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo *estado maior* parece formado por delinquentes habituais”.¹⁴⁹ Contra todos esses indivíduos “a sociedade deve proteger-se, e, a partir do momento em que nós não queremos nem decapitar, nem enforcar e, tampouco, podemos usar a deportação, a única possibilidade que nos resta é o isolamento perpétuo, ou, pelo menos, por prazo indeterminado... A “neutralização” poderia ser realizada da seguinte forma:... a mesma deveria consistir na “servidão da pena”, com a severa obrigação de trabalhar bem como com a melhor utilização possível das forças de trabalho. A título de sanções disciplinares dificilmente poder-se-ia renunciar às penas corporais. O caráter necessariamente infamante da pena deveria, pois, ser caracterizado pela perda obrigatória e perpétua dos direitos civis. A segregação celular deveria ser introduzida somente como sanção disciplinar, juntamente com aquela no escuro aliada a um rigoroso jejum”.¹⁵⁰

Ainda que – e talvez exatamente por isso – menos agravada por hipotecas metafísicas e formalmente observadoras das garantias clássicas, a doutrina da finalidade de Von Liszt exerceu sobre a cultura penalista europeia uma influência não inferior, e talvez até mais duradoura, do que as outras doutrinas da prevenção especial, tendo conseguido casar-se com orientações variadamente formalistas e técnicas. Referida doutrina formou a base teórica e programática da União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889 pelo próprio Liszt, por Adolphe Prins e Gerard van Hamel, que desenvolveram, até as últimas consequências, o princípio da pena personalizada e diferenciada.¹⁵¹ De resto, o correccionalismo de orientação meramente pragmática veio a conhecer, no final do século XIX, uma extraordinária sorte, qual seja quando nos Estados Unidos, totalmente independentes da cultura continental europeia, o congresso de Cincinnati de 1870 proclamou a insensatez da “pena determinada”, inaugurando, assim, a estação da *new penology*, baseada na prática da “non fixed sentence”, no desenvolvimento das medidas alternativas ao cárcere, e, ao mesmo tempo, no livre espaço deixado às penas exemplares, tanto mais altas quanto mais redutíveis em sede de execução.¹⁵²

É a estas orientações ecléticas e pragmáticas, muito mais que às doutrinas moralistas e positivistas do século XIX, enfim desacreditadas filosoficamente, que se reúne idealmente

o correicionalismo: de um lado o movimento da “Défense Sociale Nouvelle” promovido por Marc Ancel, que inspirou grande parte da cultura e da prática penal reformista do segundo pós-guerra na França e na Itália, e que tem como baluarte teórico e programático o princípio lisztiano da diferenciação e da individualização das penas, ainda que colorido com finalidades humanitárias;¹⁵³ de outro, as ilusórias ideologias de reeducação à autodeterminação desenvolvidas no decênio passado na Alemanha.¹⁵⁴ Ademais, é certo que as genéricas instâncias humanitárias e progressistas bem como o repetido professor do garantismo que acompanham estas doutrinas – como, no mais, aquela de Liszt – não são suficientes para retirar do projeto perseguido pela diferenciação e da personalização do tratamento punitivo com fins “reeducativos” ou de “recuperação social” o caráter de uma enésima variante, paternalista e, a despeito de tudo, sempre autoritária, do velho correicionalismo.

5. A idéia não liberal do delito como patologia e da pena como tratamento

Os êxitos destas três orientações doutrinárias são particularmente convergentes. Todas as três consideram os delitos como patologia, pouco importando se moral, social ou natural, e as penas como enquanto terapia política através da cura ou da amputação. Ademais, todas são flagrantemente substancialistas, vez que não separam a legitimação interna da legitimação externa do direito penal. Com efeito, as doutrinas da emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior.¹⁵⁵ Por seu turno, aquelas da defesa social, assim como as teleológicas, confundem direito e natureza, sociedade e Estado, ordenamentos jurídicos e organismos animais, representando o réu como um doente ou como um ser anormal a ser curado ou eliminado.¹⁵⁶ Em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delinquente, mais que o fato delituoso – o pecador mais que o pecado, o doente mais do que o sintoma –, a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena. Tal fato se reflete na própria forma do julgamento, orientando-o à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais do que à individuação de sua conduta, em consonância com modelos subjetivados de direito penal baseados sobre o “tipo de delinquente” e sobre a sua periculosidade *ante-delictum*, ao invés de sobre o “tipo de delito” cometido.¹⁵⁷

Conseqüentemente, tais doutrinas, em supondo uma concepção do poder punitivo como “bem” metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como “mal” moral ou “doença” natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas que historicamente tenham sido concebidas, e, deste modo, justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites. Se, por um lado, o julgamento vem por estas submetido a modelos inquisitórios, voltados a privilegiar a avaliação do autor em relação à cognição da ação, por outro as penas resultam pesadamente agravadas, seja pela natureza do fim preventivo, seja por aquela do meio punitivo. A pena, com efeito, assume a forma de *tratamento*¹⁵⁸ diferenciado, que visa à transformação ou à neutralização da personalidade do condenado – não importando se com o auxílio do padre ou do psiquiatra – mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos. Via de conseqüência, resolve-se, na medida em que o tratamento não é partilhado com o condenado, em uma aflição adicional à sua reclusão, e, mais precisamente, em uma lesão da sua liberdade moral ou interior que se soma à uma lesão da liberdade física ou exterior, própria da pena detentiva. Ademais, dado o caráter corretivo asso-

ciado aos tratamentos penais, não se justificam limites legalmente e rigidamente preestabelecidos às exigências individualizadas da correição. Ao contrário, justificam-se e recomendam-se penas de natureza e duração indeterminadas, sujeitas a mutações dependendo das variações das necessidades corretivas e cujo fim corresponde à cura ou arrependimento do réu.¹⁵⁹ Em resumo, além dos temperamentos ecléticos e arriscados com os quais, neste século, tentou-se conciliar a prevenção especial com as garantias clássicas da estreita legalidade, da culpabilidade e da prova, nem mesmo uma destas garantias viu-se salvaguardada por tais doutrinas da finalidade, cuja vocação mais íntima está na justiça dos cádis. Aliás, não é por acaso que estas doutrinas prepararam terreno na Europa, entre os dois séculos, para aquele processo de dissolução irracional e subjetivista do direito penal e da razão jurídica que celebrou a sua opulência nos regimes totalitários ocorridos entre as duas guerras.

Mesmo sem considerar o caráter antigarantista e decisório dos modelos de direito penal que estas informaram, as doutrinas da prevenção especial são contestáveis, de outra parte, no próprio plano da justiça substancial que elas reivindicam como critério de justificação externa. Uma primeira e elementar objeção é que somente a pena carcerária, e não as outras penas também, como, v.g., aquelas pecuniárias ou de detenção domiciliar, está ligada à finalidade reeducativa, a qual, portanto, não pode ser admitida como critério teórico de justificação da pena em geral. Uma segunda, e muito mais grave objeção, é que o fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar crimínógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.

Entretanto, não são estes os principais argumentos que tornam inaceitáveis estas concepções da finalidade da pena. Ainda que sustentadas por boa parte da odierna cultura penalista e que tenham penetrado até mesmo em nossa Constituição,¹⁶⁰ as ideologias correicionistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da “reeducação”, ou “ressocialização”, ou “reabilitação” ou, ainda “recuperação social do réu”, contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência. “Sobre si próprio, sobre a sua mente”, afirmou John Stuart Mill, “o indivíduo é soberano”.¹⁶¹ E “quando se pretende emendar o cidadão”, adverte Francesco Carrara, a pena “se estende a algo que não prejudica os outros, abrindo estrada às mais sórdidas tiranias, e conferindo ao Estado os poderes que indevidamente se atribuem ao superior de um claustro. Seduz os ânimos a perspectiva da melhoria da humanidade, mas, quando, para alcançá-la, usam-se meios violentos, desnecessários para a defesa alheia, a aparente filantropia se degenera em um despotismo iníquo”.¹⁶²

As demais ideologias correicionistas – aquelas positivistas da defesa social e da diferenciação – contradizem, além do valor da liberdade, aquele da igualdade, supondo ser o delinqüente um ser anormal e inferior – adaptável ou inadaptável – a ser controlado ou neutralizado, e, se levadas às últimas consequências, terminam por dar espaço a doutrinas desumanas como aquelas da “criação” ou da “eliminação” eugênica,¹⁶³ baseadas na

idéia de que o Estado deveria “dar uma mão” à natureza, realizando, em parceria com a seleção natural, uma sua seleção penal de tipo artificial. O produto desta seleção seria, na visão orwelliana destas doutrinas extremistas, a produção penal “daquele tipo de homem cujas qualidades permitem a construção da pirâmide social, enquanto pedras quadradas e bem dispostas”.¹⁶⁴ De qualquer forma, mesmo sem chegar a esta arquitetura, qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta com fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito, que, como veremos no parágrafo 60.1, traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo da mais perversa e inimiga, ainda mais se reclusa ou sujeita ao poder punitivo. Na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é.

6. As instituições correicionais posteriores à metade do século XIX

Mesmo contrastando com os princípios de liberdade, de igualdade e de democracia, as ideologias correicionais da prevenção especial marcaram fortemente não apenas a cultura penalista mas, também, os ordenamentos penais modernos de tipo liberal-democrático. Chego a dizer que não houve ordenamento que tenha se subtraído à reação antiluminista que, no que tange à configuração da pena, do processo e do delito como um todo, assolou a Europa nos últimos cem anos, em sintonia com o simultâneo e mais abrangente desenvolvimento das instituições totais e custodialistas, e que no mesmo diapasão contribuíram em uníssono, e ainda hoje contribuem, com tal reação, todos os filões da cultura política moderna, de tipo progressista ou autoritário, de esquerda ou de direita, católicos, liberais, socialistas e comunistas.

Esta reação manifestou-se – como veremos na quarta parte deste livro – na transformação da pena em “tratamento” e na multiplicação das medidas punitivas *extra, ante e ultra delictum*, ocorridas em todos os sistemas penais depois da metade do século passado. Na Itália, em particular, a idéia da emenda e da ressocialização justificou – graças, inclusive, ao seu ambíguo humanitarismo –, estratégias punitivas baseadas no duplo binário das penas e das medidas de segurança, tratamentos penais diferenciados, cárceres especiais, regimes penitenciários especiais em função da natureza do delito ou do réu, institutos premiais como a liberdade condicional, a semi-liberdade, as medidas alternativas à pena, a liberdade antecipada, as indulgências para os imputados “arrependidos” e similares, todas, em maior ou menor escala, ligadas ao arrependimento do réu. No mais, o projeto penal reeducativo reflete a efetiva vocação da pena carcerária moderna, que, desde a origem, revelou uma natureza ambivalente, ou seja, de um lado “abstratamente” igual enquanto privação de um *quantum* de liberdade, e, de outro, instituto disciplinar moldado no adestramento forçado do condenado aos valores dominantes e, especificamente, à disciplina de fábrica. Basta que recordemos o *Panopticon* de Jeremy Bentham, fundado na vigilância total¹⁶⁵ e, de outra parte, o “lado econômico da jurisdição penal” e da recuperação social do réu para a produção capitalista, sublinhado pelo maestro de Liszt, Rudolph Von Jhering: “Para cada delinqüente executado o Estado se priva de um de seus membros; para cada delinqüente encarcerado, o Estado paralisa uma força laborativa. Para o direito penal, o reco-

nhecimento do valor da vida e da força humana reveste uma importância eminentemente prática. Se Beccaria, na célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764), não tivesse levantado sua voz contra o abuso que a pena constitui, deveria tê-lo feito Adam Smith, em seu livro sobre *A causa da riqueza das nações* (1766)".¹⁶⁶

Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correicionistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado. Pensemos à doutrina nazista do “tipo normativo do autor”, orientada para uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados com a “infidelidade” ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que “sintomatológica”, da objetividade da conduta.¹⁶⁷ Pensemos, também, aos manicômios criminais soviéticos e às escolas de reeducação da China popular. A experiência soviética é, sob este aspecto, exemplar. Embora se deva a Karl Marx o ponto de partida de uma doutrina penal liberal bem como as críticas mais radicais à ideologia correicionista de tipo cristão-burguês,¹⁶⁸ uma doutrina explicitamente antigarantista da prevenção especial foi elaborada, como já vimos, pelo mais ilustre dos juristas marxistas deste século, Evgenij Pasukanis, o qual tornou-se vítima das bases teóricas dos tratamentos terapêuticos e eliminatórios que ele próprio ofertou em alternativa ao formalismo penal burguês sob a forma de medidas de defesa social sujeitas a meras “regras técnico-sociais”.¹⁶⁹

22. A PREVENÇÃO GERAL: INTEGRAÇÃO OU INTIMIDAÇÃO

1. Prevenção geral positiva por meio da integração

As doutrinas justificacionistas do direito penal até aqui examinadas – quer aquelas retributivistas, quer aquelas utilitaristas da prevenção especial – constituem expressão, como tentei demonstrar, de culturas jurídicas e políticas que, em diversos modos, confundem direito e moral ou direito e natureza. Na base de ambos os tipos de justificação existe, de forma mais ou menos explícita, uma concepção do delito – e, antes mesmo do delinquente – como mal em si próprio, ontologicamente pecado ou doença. Consequentemente, tais justificações são, nos mais variados modos, apologéticas das concretas escolhas e dos conteúdos contingentes do direito penal positivo, em relação ao qual desenvolvem uma função de legitimação ideológica, identificando-o, em maior ou menor escala, com a justiça; ao mesmo tempo são solidárias com modelos de direito penal máximo e tendencialmente ilimitado. Ademais, nas doutrinas correicionistas da prevenção especial, a confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza afeta não apenas a concepção do delito, mas, também, aquela da pena, a qual vem compreendida, moralística ou naturalisticamente, como instrumento benéfico de reabilitação do condenado, e, sob este prisma, rotula projetos autoritários de moralização individual ou de ortopedia social conflitantes com o direito da pessoa a permanecer imune às práticas coativas de transformação.

As doutrinas penais que atribuem ao direito penal função de *prevenção geral* exigem, ao invés, um discurso diferenciado. As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inextinguível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem

o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva”,¹⁷⁰ até a recente doutrina de Günther Jakobs, que, inspirando-se nas idéias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.¹⁷¹

Nem mesmo tais doutrinas são totalmente novas. Com efeito, podemos identificar seus antecessores, mais do que nas perversões ético-formalistas do positivismo jurídico alemão da primeira metade do século XX¹⁷² nas já recordadas doutrinas “expressivas” ou “denunciatórias” da pena de James F. Stephen e de Lord Devlin,¹⁷³ bem como, e principalmente, na doutrina “realista” de Gabriel Tarde, que, no final do século passado, fundou o utilitarismo penal exatamente com base na valorização social dos fatores irracionais da indignação e do ódio provocados pelo delito e satisfeitos por intermédio da pena.¹⁷⁴ No plano sociológico, de outra parte, a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescenta à teoria da deviança de Émile Durkheim, que, no mesmo diapasão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social “destinado, sobretudo, a agir sobre as pessoas honestas”, reafirmando-lhes os sentimentos coletivos e solidificando-lhes a solidariedade contra os deviantes.¹⁷⁵ Diferentemente da teoria de Durkheim, que jamais pretendeu fornecer uma justificação mas apenas uma explicação da pena,¹⁷⁶ tal doutrina representa, contudo – do mesmo modo que aquelas moralistas e denunciatórias de Stephen e dos seus sucessores contemporâneos, bem como aquela cínico-realista de Tarde –, uma ideologia de legitimação apriorística, tanto do direito penal como da pena. Com efeito, claro está que essa doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de “subsistema físico-psíquico”,¹⁷⁷ funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa. O ponto de vista da justificação externa, também neste caso, desaparece, sujeitando-se inteiramente ao ponto de vista interno, pouco importando se este, em vez de identificar-se com os costumes do Estado ou com qualquer pretensa moralidade intrínseca ao direito, transformou-se em simples instância funcional de autoconservação do sistema político.

2. A formulação iluminista da finalidade da prevenção geral negativa. A pena exemplar: Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham

As doutrinas da prevenção geral denominada de *negativa*, ou da intimidação, possuem o mérito de serem as únicas que não confundem programaticamente o direito com a moral ou com a natureza, ou, pelo menos, de permanecerem neutras neste campo. Isto se deve ao fato de que elas não têm como escopo o delinquente, nem como indivíduo, nem mesmo enquanto categoria tipológica, mas, sim, os associados em geral, dos quais, todavia, não valorizam aprioristicamente, como fazem as doutrinas da prevenção positiva, a obediência política às leis. Ademais, o utilitarismo das mesmas conecta-se diretamente com a tradição iluminista, que, com grande firmeza, teorizou a separação entre direito e moral. Neste diapasão podemos distinguir dois sub-grupos, quais sejam: a) as doutrinas da intimidação exercida sobre a generalidade dos associados através do *exemplo* fornecido pela aplicação da pena

que se dá com a *condenação*; b) aquelas da intimidação também voltada para a generalidade, mas, por seu turno, através da *ameaça* da pena contida na *lei*.¹⁷⁸

Inobstante livres da confusão substancialista entre direito e moral, as doutrinas da prevenção geral negativa são também idôneas a fundar modelos de direito penal máximo, pelo menos nos termos em que normalmente se fundam. Tal assertiva vale, seguramente, para a primeira das duas versões acerca da prevenção geral, ou seja, aquela baseada na eficácia deterrente do *exemplo* fornecido com a aplicação da pena, que, como vimos no parágrafo 20.1, verifica-se em Grócio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, Bentham, Filangieri e, em geral, nos pensadores jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII.¹⁷⁹ Mais do que qualquer outra doutrina utilitarista, esta idéia da função exemplar da execução da pena dá margem, com efeito, à objeção kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis.¹⁸⁰ E, em se dividindo tal princípio moral, referida justificação do direito penal é expressamente imoral. Ademais, tal concepção da finalidade da pena legitima intervenções punitivas orientadas para a máxima severidade, privadas de qualquer certeza e garantia, tais como a pena “exemplar”, e, até mesmo, a “punição do inocente”, desvinculada da culpabilidade e da própria verificação da existência do crime, exatamente como acontece no extermínio e na represália.¹⁸¹

Mesmo sem chegar a estes extremos, seguramente não compartilhados pela maior parte dos seus seguidores, é claro que tal doutrina da pena é virtualmente solidária com modelos substancialistas de direito penal ilimitado e com esquemas de processo que excluem as garantias da defesa, em particular o princípio do *in dubio pro reu*. Acrescento que uma prática penal orientada pela função deterrente da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como “bode expiatório”. Com efeito, o seu princípio inspirador é aquele de que “os fins justificam os meios”, oposto àquele da visão kantiana e característico da ação política de Maquiavel em diante, constituindo o seu êxito prático na submissão das razões jurídicas às razões políticas ou de Estado, que, como adverte Gustav Radbruch, resolvem-se sempre no “terrorismo penal”.¹⁸²

3. A prevenção geral negativa por meio da ameaça legal: Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer

Êxitos terroristas desta natureza, começando pela punição de um inocente, vêm seguramente preclusos pela segunda e mais moderna doutrina da prevenção geral negativa, a qual conecta a função deterrente do direito penal em relação à generalidade dos associados não imediatamente ao caráter exemplar da imposição da pena, mas sim, e imediatamente, à ameaça contida na lei penal que ela representa. Esta é a concepção da finalidade da pena elaborada por Anselm Feuerbach,¹⁸³ Giandomenico Romagnosi,¹⁸⁴ Francesco Maria Pagano¹⁸⁵ e por Arthur Schopenhauer,¹⁸⁶ substancialmente recepcionada por Carmignani,¹⁸⁷ Carrara,¹⁸⁸ bem como por tantos outros juristas que a estes sucederam.¹⁸⁹

Tal doutrina tem o predicado – mas também a limitação – da banalidade. Dizer que a proibição penal tem a função de dissuadir equivale a dizer que uma prescrição possui a função de persuadir. Esta é, de um modo geral, a função pragmática própria de todas as

normas, ou seja, orientar os comportamentos, estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis ou desagradáveis em razão de omissão diante dos mesmos. Sob este aspecto a pena tem a mesma função preventiva de qualquer efeito normativamente disposto como consequência de um ato jurídico, vale dizer: efeitos incentivadores (como, por exemplo, a aquisição de direitos ou de poderes), predispostos em relação aos atos prescritos ou permitidos, com o fim de persuadir o cometimento dos mesmos ou de dissuadir a sua não realização, bem como efeitos desincentivadores (como, em geral, todas as sanções), predispostos para os atos vetados, com a finalidade de dissuadir-lhes o cometimento ou de persuadir-lhes a omissão. Precisamente, podemos dizer, a pena nada mais é do que o efeito (desincentivador) estabelecido pela lei penal para dissuadir a sua própria infração, ou, ainda, garantir-lhe a eficácia, não diverso, entretanto, de qualquer outro tipo de efeito jurídico, cuja previsão por parte de uma norma primária possui sempre o objetivo de assegurar a eficácia da norma secundária que disciplina o ato ao qual aquele é imputado.

Tal escopo, ainda que justifique a pena enquanto meio para assegurar eficácia às proibições penais, não justifica as proibições em si, e, portanto, não pode bastar, como veremos no próximo capítulo, para justificar o direito penal enquanto tal. Pode-se afirmar, entretanto, que tal objetivo, exatamente em razão de seu caráter formal, é o único capaz de assegurar um fundamento racional a três princípios garantistas essenciais que o mesmo implica como condições necessárias, e que, em diversos modos, delimitam o poder punitivo do Estado.

Em primeiro lugar, mister se diga que o mesmo vale para a fundação dos princípios de estreita legalidade e materialidade dos delitos: se a única função do direito penal é aquela de prevenir delitos, o único modo de persegui-la racionalmente é indicando preventiva e exatamente os tipos penais em sede de ameaça legal, vez que podem ser prevenidas e dissuadidas somente as ações previstas e não também aquelas imprevisas, mesmo se danosas. Em segundo lugar, o mesmo está à base do princípio da materialidade dos delitos. Com efeito, é possível prevenir somente as ações consistentes em comportamentos exteriores, e não os estados de ânimo interiores ou as situações subjetivas, como, v.g., a maldade, a periculosidade, a infidelidade, a imoralidade, a anormalidade psicofísica, ou similares. Em terceiro lugar, o mesmo estrutura o princípio de culpabilidade e de responsabilidade pessoal, vez que as ações passíveis de prevenção por meio da ameaça penal são somente aquelas culpáveis e voluntárias, e não também aquelas inculpáveis em razão de sua involuntariedade, de caso fortuito, de força maior ou, ainda, de ato de terceiros. Consequentemente, dele deriva o valor conferido à certeza do direito, à objetividade e à fatualidade dos pressupostos da pena, à verdade processual enquanto verdade empírica, bem como das garantias da defesa voltadas para impedir a punição dos inocentes em geral. Por derradeiro, a função preventiva geral, em razão do caráter abstrato da previsão legal quer dos delitos, quer das penas, enfocam o delito e não o delinqüente individualmente, protegendo estes de tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar.

4. Os êxitos autoritários das doutrinas da prevenção geral negativa

O objetivo da prevenção geral dos delitos, exatamente porque se identifica com aquele da eficácia das leis, é, de outra parte, um fim formal e não substancial, intra e não extrajurídico, e portanto inidôneo, como já dissemos, a justificar, sob a ótica externa, o direito

penal. Do mesmo modo que as doutrinas retributivistas, que respondem “*quia peccatum*” ou “*quia prohibitum*” à questão do “porquê punir?”, trocando-a por aquela do “quando punir?”, também as doutrinas da prevenção geral negativa, respondendo *ne peccetur* à mesma pergunta, eludem a questão prejudicial, e totalmente externa, do “porquê proibir?”. Mas, enquanto as doutrinas retributivistas podem satisfazer-se com as respostas “*quia peccatum*” ou “*quia prohibitum*”, vez que confundem direito e moral, associando um desvalor ético-jurídico intrínseco ao *peccatum* e ao *prohibitum*, as doutrinas utilitaristas da prevenção geral deixam o problema simplesmente sem resposta, não sendo capazes, nem mesmo se integradas por uma doutrina acerca dos bens jurídicos protegidos pelas proibições, de pesar e delimitar os custos das punições, heterogêneos em relação a estas.

A consequência mais grave é que tais doutrinas, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo. Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. “A intimidação”, disse Francesco Carrara, “leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo, vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la”.¹⁹⁰ Voltaire já havia indicado as razões da introdução na Alemanha do “suplício da roda” com a finalidade de prevenção geral perseguida por “aqueles que se empossavam dos direitos soberanos” de “assustar, por meio do aparato de um tormento inaudito, qualquer pessoa que ousasse atentar contra eles”.¹⁹¹ Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como “contraforça”, “contramotivo” ou “coação psicológica”, é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. “Na lógica da prevenção geral”, escreve Giuseppe Bettiol, “existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes”.¹⁹²

Existe, ao depois, um segundo defeito desta doutrina, ou seja, que nem mesmo ela se subtrai à objeção kantiana de que nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para um fim que não é seu. Esta objeção, segundo Mario Cattaneo, valeria somente para as doutrinas da prevenção geral através da ameaça penal contida na lei, vez que somente nas primeiras “um homem individualmente considerado, um indivíduo real” vem usado “como meio para um fim” não seu, ao passo que “isto não vale para a ameaça da pena, a qual, vez que voltada abstrata e preventivamente na lei para determinadas classes de pessoas, não constitui violação alguma dos direitos fundamentais do homem”.¹⁹³ Mas este é um paralogismo, vale dizer, a ameaça é tal porque destinada a ser atuada por meio da irrogação da pena a indivíduos “singularmente considerados” e “reais”. Em ambos os casos o meio é heterogêneo ao fim, o qual consiste em um bem que diz respeito a sujeitos diversos daqueles aos quais vem imposta a pena, de forma que o mal irrogado a algumas pessoas é “meio” para fins do bem-estar de outros.¹⁹⁴

Por derradeiro, o fim da prevenção geral, sendo calcado na sugestiva idéia da prevenção dos delitos, pode, facilmente, degenerar naquele da prevenção especial, e, portanto, avaliar medidas e tratamentos penais *extra* ou *ultra-delictum*. Com efeito, não se compreende, uma vez que justificada através da finalidade de prevenção geral negativa, a ameaça

da pena, porque não poderia ser justificada, por via dos mesmos fins, a ameaça das medidas de prevenção para sujeitos suspeitos ou perigosos. Os modernos seguidores da doutrina de prevenção geral através da ameaça da pena, não acaso, não apenas justificam sem dificuldades todas as várias medidas extrapenais – cautelares, de prevenção, de segurança e similares – introduzidas em acréscimo às penas pela cultura positivista, como também, em muitos casos, retrocedendo na esteira de Liszt aos modelos justificativos polivalentes sustentados antes de Feuerbach e de Romagnosi, indicam como objetivos ulteriores e acessórios da pena a correição e a neutralização, com estas justificando, além das medidas extrapenais, também os tratamentos individualizados empregados na execução penal.¹⁹⁵

Tudo isto nos permite dizer que a finalidade da prevenção geral através da ameaça legal, se é necessária para justificar a pena em relação aos delitos previstos, não é suficiente como critério de limitação das penas dentro de um modelo de direito penal mínimo e garantista. “Uma pena que se revelasse ineficaz ao seu fim, que é aquele de freiar o delito no peito dos malfeitores”, escreveu Romagnosi, não seria certamente “necessária”¹⁹⁶ nem, conseqüentemente, justificada: pensemos aos crimes de pensamento, dos quais, exatamente com este argumento, Spinoza criticou a punição,¹⁹⁷ ou mesmo ao aborto, ou ao uso de substâncias entorpecentes, admitindo-se que as penas, como parece demonstrado pelas pesquisas empíricas comparadas, são absolutamente ineficazes em preveni-los. Todavia, embora a total ineficácia das penas seja suficiente para deslegitimá-las, a eficácia das mesmas não o é para legitimá-las, e tampouco para delimitar-lhes a medida. De fato, em uma concepção não teológica, nem moralista, nem naturalista do direito penal, o dano buscado pelas penas irrogadas para punir os delitos passados e prevenir aqueles futuros, se não é capaz de reparar nem compensar o dano causado por aqueles, como pretendem as doutrinas retributivistas, de outro lado tampouco é comparável ao dano destes por hipótese prevenido por elas. Ao contrário, o dano dos delitos evitado pelas penas e o dano das penas para prevenir os delitos são comensuráveis, respectivamente, somente aos danos dos maiores delitos e das maiores penas, os quais, sem o direito penal, teriam lugar. Isto significa que para que um sistema penal possa dizer-se *justificado* mister que se avalie a sua funcionalidade, confrontando, entre si, entidades homogêneas, e fugindo, assim, à objeção kantiana, mesmo em relação a um outro tipo de objetivo, não menos importante do que a prevenção dos delitos, qual seja a prevenção das punições excessivas e incontroladas, dotadas igualmente de uma certa capacidade preventiva frente aos delitos, que na ausência desta retornariam. Mas isto comporta uma revisão profunda do utilitarismo penal transmitido pela tradição. E, antes mesmo, exige que o problema da justificação seja mais corretamente reformulado em sede metaética. É o que tentarei fazer no próximo capítulo.

NOTAS

⁽¹⁾Estas expressões, totalmente inapropriadas na medida em que são fruto de uma indevida transposição ao direito público de categorias do direito privado, foram introduzidas na doutrina penal alemã por K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1885, vol. I, par. 39 e 101-108, p. 192 e ss. e 477 e ss., e recolhidas depois na Itália por A. Rocco, *Sul concetto del diritto subbietivo di punire*, Giachetti, Prato, 1905. Veja-se a crítica das mesmas em Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale* (1926), Cedam, Padova, 1940, p. 71; G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942; F. Antolisei, *Manuale*, cit., I, p. 35-39; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 11-13. Para uma crítica global da categoria dos “direitos subjetivos” ou de “supremacia” do Estado, elaborada pelos juspublicistas do século passado, cf., *infra*, o parágrafo 60.3 e a nota 12 do capítulo 14.

⁽²⁾Chamo de críticas “éticas” a todas aquelas que se fazem em nome de valores morais ou políticos, como por exemplo as que discutem como imoral o fim vindicativo ou o fim da emenda ou da correção forçada. Chamo, ao contrário, críticas “metaéticas” as que se formulam sobre a base de argumentos metaéticos, como a inconsistência ou a contradição dos critérios de justificação ou a incongruência entre os meios e os fins indicados. Também pode-se dar argumentos ao mesmo tempo éticos e metaéticos, como os que se referem à violação da primeira ou da segunda lei kantiana da moral, que, como veremos, são interpretáveis seja como princípios éticos, seja como princípios metaéticos.

⁽³⁾A fronteira entre estas doutrinas e as propriamente abolicionistas tornou-se incerta devido à ambigüidade das soluções que estas propõem, as quais geralmente costumam reputar-se abolicionistas, mas que na realidade, como veremos, são justificadoras de modelos punitivos repressivos e não garantistas. Enquadram-se tendencialmente neste filão as doutrinas da defesa social, que concebem a pena como “tratamento” (no sentido que se indicará na nota 158) ou propõem sua substituição por medidas curativas ou de mera segurança: desde as doutrinas italianas da Escola Positiva à inglesa de Barbara Wootton, chegando até a proposta de substituição da pena por “métodos” corretivos e/ou “medidas de defesa social”, proposta, a partir de premissas teóricas diferentes, por Evgenij B. Pasukanis (cf., *infra*, notas 130 e ss.).

⁽⁴⁾Veja-se o estudo de P. Marconi, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero anarchico*, Marsilio, Venezia, 1979.

⁽⁵⁾M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum* (1844), trad. it. de G. M. Bravo, *L'unico e la sua proprietà, Gli anarchici*, Utet, Torino, 1971, p. 475: “Eu asseguro minha liberdade contra o mundo, na medida em que me apropri do mundo, ou seja, ‘conquisto-o e tomo posse dele’ com qualquer poder, com a persuasão, com a oração, com a exigência categórica o ainda com a hipocrisia, o engano etc.: os meios que uso estão em relação com o que sou”; “Vocês não sabem que um verdadeiro ego não pode ser menos do que um delinquente, que o crime é a sua vida” (ibidem, p. 509); “ninguém deve impor nada em relação às minhas ações, prescrever o meu modo de agir ou dar-me ensinamentos nesta matéria. Devo, sim, aceitar que um terceiro me trate como inimigo, mas jamais como sua criatura, e que faça da sua razão ou da sua falta de razão uma regra para mim” (ibidem, p. 502); “Todo Estado significa despotismo... Como contornar tal situação? Somente recusando-me a reconhecer qualquer dever, quer dizer, a atar-me e deixar que me atem. ‘Mas será atado a mim!’ Ninguém pode acorrentar minha vontade, e a minha aversão permanece livre. ‘Mas tudo ficaria de pernas para o ar se cada um pudesse fazer o que quer!’ Mas quem disse que cada um poderia fazer tudo? Defende-te, e ninguém te fará nada! Aquele que quer destruir a tua vontade deverá ajustar contas contigo e será teu inimigo” (ibidem, p. 503-504).

⁽⁶⁾Uma versão atual do anarquismo stirneriano talvez possa ser encontrada na tese sobre o desvio de A. Negri, *Il marxismo e la questione criminale. Intervento nel dibattito promosso da “La questione criminale”, La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 1977, p. 291-292: “Nesta fase, na radicalização que objetiva e/ou subjetivamente caracteriza-a, o desvio constitui o ponto de contradição do sistema... Este desvio deliberante ao quadrado não agride somente a justiça normal da lei do intercâmbio, referindo-se igualmente a valores de uso, à ruptura de qualquer verossimilhança do universo da lei do valor. Não é só furto, mas reapropriação, não é só rejeição do controle social, mas desleio de comunismo, não é só ato de rebeldia, mas exercício de justiça proletária... O desvio é aqui sal da terra, arma de recomposição social e chave de conhecimento”.

⁽⁷⁾*Mateus*, 7, 1; Paulo de Tarso *Romanos*, 2, 1. Cf. no entanto, *infra*, as passagens recolhidas na nota 34. Motivos evangélicos e solidários estão presentes também na crítica da pena de J. M. Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction* (1893), trad. it. de Biancotti, *Abbozzo d'una morale senz'obbligo né sanzione*, Paravia, Torino, 1923, III, 2, 4.

⁽⁸⁾W. Godwin, *Enquire concerning political justice and its influence on moral and happiness* (1798), org. de F. E. L. Priestley, The University of Toronto Press, Toronto, 1946, p. 340. O “olho público” é configurado por Godwin como uma forma de controle social informal, que se expressa na “desaprovação dos vizinhos” e se exerce por meio de uma constrição moral que obriga o transgressor a “transformar-se” ou “a emigrar”.

⁽⁹⁾M. Bakunin, Lettera a Sergei Necaev, 2 de junho de 1870, in M. Confino (org.), *Il catechismo del rivoluzionario. Bakunin e l'affare Necaev*, Adelphi, Milano, 1976, p. 160-161: “Se somos

anarquistas, perguntareis, com que direito queremos atuar sobre o povo e com que meios o faremos? Rejeitando todo poder, com a ajuda de que poder ou ainda com que força dirigiremos a revolução popular? Por meio de uma força invisível que não é reconhecida por ninguém e que a ninguém se impõe, por meio da ditadura coletiva da nossa organização, que será tanto mais poderosa na medida em que permaneça invisível e ignorada, e que carecerá tanto de direitos como de posições oficiais"; esta "organização secreta... deve ao mesmo tempo dar ao povo uma força auxiliar e transformar-se numa escola prática para a educação moral de todos os seus membros" (ibidem, p. 159); idem, Segundo discurso al Congresso di Berna della pace e della libertà, setembro 1868, *La Comune e lo Stato*, Savelli, Roma, 1970, p. 121-122: "Corrija a natureza com a sociedade, fazei tão iguais quanto possível as condições de desenvolvimento e de trabalho para todos, e tereis destruído muitas mentiras, muitos delitos, muitos males. Quando todos tiverem recebido aproximadamente a mesma educação e a mesma instrução, quando todos forem obrigados pela própria força das coisas a associar-se para trabalhar e a trabalhar para viver; quando o trabalho, reconhecido como verdadeiro fundamento de toda organização social, tiver chegado a ser objeto de respeito público, os homens de má vontade, os parasitas, os preguiçosos diminuirão a olhos vistos e acabarão por ser tratados como doentes".

⁽¹⁰⁾P. Kropotkin, *La loi et l'autorité*, Les Temps Nouveaux, Paris, 1913, p. 24: "A liberdade, a igualdade e a prática da solidariedade como o único dique eficaz que se pode opor aos instintos anti-sociais de alguns de nós"; idem, *L'anarchie: sa philosophie, son idéal* (1896), trad. it. de D. Taranini, *L'anarchia: la sua filosofia e il suo ideale*, Altamurgia, Varese, 1973, p. 48-49: "A impotência da repressão tem sido suficientemente demonstrada pela desordem da atual sociedade e pela própria necessidade da revolução que todos queremos e sentimos como inevitável". Ao instrumento da "repressão", que "desde há séculos tem dado resultados tão daninhos", Kropotkin contrapõe "a prática da ajuda mútua" (ibidem, p. 50): "Os costumes sociais que o comunismo – ainda quando fosse parcial em seus primórdios – deve por força gerar na vida seriam já uma força incomparavelmente mais potente que todo o aparelho repressivo para manter e desenvolver o núcleo dos hábitos de sociabilidade. Eis aí portanto a forma – a instituição sociável – a que pedimos o desenvolvimento do espírito de entendimento que a igreja e o Estado tinham-se estabelecido como missão impor-nos, com os resultados que conhecemos" (ibidem, p. 52-53). Idéias semelhantes são expressas por L. Molinari, *Il tramonto del diritto penale*, Ed. della Rivista Università Popolare, Milano, 1909, p. 23: "A delinquência é uma doença, não discutamos mais sobre isto"; ibidem, p. 27: "Tendes razão quando dizeis que a sociedade tem direito de se defender dos delinquentes, mas deve se defender não com a idéia preconcebida do castigo, que se resume numa brutal vingança, mas, sim, com a piedade, com o amor, com o devido cuidado aos deficientes, aos débeis, aos doentes"; ibidem, p. 29-30: "Constitui a pena um freio para os delitos? Leitores, examinai vossa psique, volvei vosso pensamento até vós e perguntai: Quem refreia-me de matar, quem refreia-me de cometer atos ignominiosos? É o medo da pena ou é um sentimento de solidariedade humana, um sentimento de dignidade humana, um não sei que de doce, bom, elevado, que se libera de cada ser e se confunde rodeando quase a humanidade inteira com um tenro e doce vínculo de amor fraterno?... Aboli as prisões e os policiais e a humanidade continuará na sua evolução para o bem, para melhor; assim como a abolição da pena de morte em algumas nações mais evoluídas não tem significado um incremento dos delitos de sangue, o declínio do direito penal não trará senão uma aurora de paz e felicidade".

⁽¹¹⁾E. Malatesta, *Scritti scelti*, coord. G. Cerrito, Savelli, Roma, 1973, p. 193: "É preciso abolir as prisões, estes lugares tétricos de pena e de corrupção nos quais, enquanto os reclusos gemem, os vigias tornam-se duros de coração e tornam-se piores que os vigiados. Mas quando se descobre a um pervertido que estupra e destrói os corpinhos de pobres crianças, não obstante, há que se reduzi-lo a uma situação na qual não possa fazer dano... Pensarão nisso os homens do amanhã? Não, devemos nós pensar nisso, porque estes fatos se produzem hoje"; ibidem, p. 197: "O que teria que ser feito então? Persuadir as pessoas de que a segurança pública, a defesa da integridade e a liberdade de cada um deve confiar-se a todos; que todos devem vigiar, que todos devem apontar o prepotente e intervir na defesa do débil, que os patrícios, os vizinhos, os companheiros de trabalho devem, quando faça falta, transformar-se em juízes"; idem, *L'anarchia* (1884), *Gli anarchici*, Utet, Torino, 1971, p. 842: "Certamente, como sabemos que o homem é a consequência do próprio organismo e do ambiente cósmico e social em que vive, como não confundimos o direito sagrado à defesa com o pretendido

e absurdo direito de punir; e como no delinqüente, quer dizer, naquele que comete atos anti-sociais, já não mais vemos o escravo rebelde, como acontece com os juízes de hoje em dia, senão ao irmão doente e necessitado de cuidados, não colocaremos ódio na repressão, nos esforçaremos em não sobrepassar a necessidade da defesa, e não pensaremos em vingar, mas em curar, em redimir ao infeliz com todos os meios que a ciência nos ensine”.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 843: “E quando entre os homens se produzissem disputas, não seriam acaso a arbitragem voluntariamente aceita ou a pressão da opinião pública mais aptas para dar a razão ao que a tem, em vez de uma magistratura irresponsável, que tem direito de julgar sobre tudo e sobre todos, e é necessariamente incompetente e por conseguinte injusta?”.

⁽¹³⁾ Acerca do *holismo* criminológico da tradição marxista, baseado na *vulgata* pós-marxista da doutrina da extinção do Estado, e sobre como é estranho ao pensamento de Marx (de cujas teses antieticistas em matéria penal se dá conta aqui na nota 168), cf. D. Zolo, Saggio introduttivo a K. Marx, *Lo stato moderno*, Newton Compton Italiana, Roma, 1972; *idem*, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, De Donato, Bari, 1974; L. Ferrajoli e D. Zolo, *Marxismo e questione criminale*, *La questione criminale*, 1977, 1, p. 97-133.

⁽¹⁴⁾ V. I. Lenin, *Stato e rivoluzione* (1917), coord. por V. Gerratana, Editori Riuniti, Roma, 1968, p. 164. Esta passagem será copiada literalmente por A. J. Visinskij, *Voprosy prava i gosudrstva u Marksa* (1949), trad. it. de U. Cerroni, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx, Teorie sovietiche del diritto*, cit., p. 286.

⁽¹⁵⁾ V. I. Lenin, *ob. cit.*, p. 373-374: “Contabilidade e controle: eis aqui o *principal*, o que faz falta para ‘deslanchar’ e para fazer funcionar regularmente a *primeira fase* da sociedade comunista. Nesta, *todos* os cidadãos transformam-se em empregados a cargo do Estado, que não são outra coisa que os obreiros armados. *Todos* os cidadãos passam a ser empregados e obreiros *de um só* ‘consórcio’ de todo o povo, do Estado. Trata-se de fazer que trabalhem por igual, observando bem a medida do trabalho, e de que ganhem eqüitativamente... Quando a *maioria* do povo começar a levar por sua conta e para todas as partes esta contabilidade, este controle sobre os capitalistas (então transformados em empregados) e sobre os senhores intelectuais que conservam seus hábitos capitalistas, este controle será realmente universal, geral, de todo o povo, e ninguém poderá evitá-lo, pois ‘não haverá escapatória possível’... Pois quando *todos* tiverem aprendido a dirigir e dirijam em realidade por sua conta a produção social, quando todos tiverem aprendido a registrar e a controlar os parasitas, os *jovens ricos e ociosos*, os *granujas* e demais ‘depositários das tradições do capitalismo’, escapar a este registro e a este controle realizado pela totalidade do povo será algo tão inaudito e difícil, uma exceção tão rara, e suscitará provavelmente uma sanção tão rápida e tão severa (pois os obreiros armados são gente prática e não intelectualóides sentimentais, e será muito difícil que permitam que se brinque com eles), que a *necessidade* de se observar as regras nada complicadas e fundamentais de toda convivência humana se transformará rapidamente em um *costume*” (*ibidem*).

⁽¹⁶⁾ A. Gramsci, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Einaudi, Torino, 1966, p. 128. *Ibidem*, p. 132: “O elemento Estado-coação pode-se imaginá-lo esgotando-se na medida em que se afirmam elementos cada vez mais sobressalentes de sociedade regulamentada (ou Estado ético ou sociedade civil)”.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 135.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 83. A passagem, intitulada “*Questione dell'uomo collettivo*” o del ‘*conformismo sociale*’”, prossegue: “Mas como conseguirá cada indivíduo concreto incorporar-se ao homem coletivo e como se exercerá a pressão educativa sobre os indivíduos singulares obtendo seu consenso e sua colaboração, transformando a necessidade e a coerção em ‘liberdade’? Questão do ‘direito’, cujo conceito deverá se ampliar, compreendendo-se nele, inclusive, as atividades que hoje se englobam na fórmula de ‘indiferente jurídico’ e que são do domínio da sociedade civil que opera sem ‘sanções’ e sem ‘obrigações’ taxativas, mas não por isso deixa de exercer uma pressão coletiva e obtém resultados objetivos de elaboração nos costumes, nas formas de pensar e de operar, na moralidade etc.”. Com efeito, “se todo Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadão (e, por conseguinte, de convivência e de reações individuais), a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outras, será o direito o instrumento para este fim (juntamente com a

escola e outras instituições e atividades), devendo ser elaborado de forma que resulte conforme ao fim, e seja maximamente eficaz e produtor de resultados positivos" (ibidem, p. 88).

⁽¹⁹⁾ "A concepção do direito... não acho que possa partir do ponto de vista de que o Estado não 'pune' (se se reduz este termo a seu significado humano), senão que luta contra a 'periculosidade' social. Na realidade deve-se conceber o Estado como 'educador', porquanto tende precisamente a criar um novo tipo ou nível de civilização... Também neste terreno o Estado é um instrumento de 'racionalização', de aceleração e de taylorização, opera de acordo com um plano, pressiona, incita, solicita e 'castiga' porque, uma vez criadas as condições em que um determinado modo de vida é 'possível', a ação ou a omissão criminal devem ter uma sanção punitiva, de alcance moral, e não só comportar um juízo de periculosidade genérica. O direito é o aspecto repressivo e negativo de toda atividade positiva de civilização levada a cabo pelo Estado. A concepção do direito deveriam incorporar-se também as atividades 'premiais' de indivíduos, de grupos etc. Premia-se a atividade positiva de civilização levada a cabo pelo Estado. Premia-se a atividade louvável e meritória do mesmo modo que se castiga a atividade criminal (e se pune com formas originais, fazendo intervir a 'opinião pública' como sancionadora)" (ibidem, p. 88-89). Esta visão expansiva do direito penal – na qual "a escola como função educativa positiva e os tribunais como função educativa repressiva e negativa são as atividades estatais mais importantes" (ibidem, p. 128) – corresponde à previsão de uma perfeita disciplina social: "O máximo de capacidade do legislador pode-se inferir do fato de que à perfeita elaboração das diretrizes corresponde uma ordenação perfeita dos organismos de execução e de comprovação e um preparo perfeito do consenso 'espontâneo' das massas, que devem 'viver' essas diretrizes, modificando seus próprios costumes, sua vontade e suas convicções de acordo com as mesmas e com os fins que se propõem alcançar" (ibidem, p. 136). Para medir a distância entre um tal organicismo estatista e as idéias libertárias de Marx, veja-se, *infra*, a nota 168.

⁽²⁰⁾ Limite-me a lembrar, entre os expoentes mais significativos do abolicionismo contemporâneo, L. Hulsman e J. Bernat de Celis, *Peines perdues*, Le Centurion, Paris, 1982; L. Hulsman, *Abolire il sistema penale?* (entrevista), *Dei delitti e delle pene*, 1983, 1, p. 71-89; N. Christie, *Limits to pain* (1982), trad. it. *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Abele, Torino, 1985. Vejam-se também as atas da *International Conference on Prison Abolition*, celebrada em Amsterdã nos dias 24-27.06.1985, e em particular os escritos de Herman Bianchi, Kai Bussman, Stanley Cohen, Louk Hulsman, Ruth Morris, Richard Rahm e Sebastian Scheerer. Uma resenha bibliográfica da literatura abolicionista contemporânea é oferecida por E. García Méndez, *Il movimento e la teoria per l'abolizione del sistema penale e la discussione recente*. Cinquanta titoli, *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 591-596.

⁽²¹⁾ L. Hulsman, *Abolire il sistema penale?*, cit., p. 71. O preceito evangélico de "dar a outra face" é lembrado repetidamente por N. Christie, ob. cit.

⁽²²⁾ L. Hulsman, ob. cit., p. 77 e 82.

⁽²³⁾ Ibidem, p. 80-81 e 89.

⁽²⁴⁾ A propósito do terrorismo, por exemplo, Louk Hulsman propõe como hipótese a manutenção "por um lado de elementos do direito de guerra e, por outro, de elementos bastante próximos do atual direito penal" (ob. cit., p. 83). Totalmente elusiva é a resposta à questão acerca do tratamento dos outros fenômenos mais relevantes da moderna criminalidade: "No que concerne ao crime organizado, posso ser bastante breve. Tal crime existe na realidade somente como produto do sistema penal, cujo desaparecimento eliminaria também este problema. No que concerne à administração pública, por fim, creio que uma reorganização dos serviços pode remediar muitos desvios e distorções. Não excluo que em relação a certos indivíduos, ademais, tenham que ser tomadas medidas sancionadoras; de outra parte o *status* jurídico relativo aos funcionários públicos cumpre também uma função disciplinar" (ibidem, p. 83-84). Medidas sancionadoras não bem precisadas são previstas por Hulsman, mesmo após a projetada abolição da pena, também em *Peines perdues*, cit., p. 82.

⁽²⁵⁾ Pensemos na complacência expressada por estas orientações em nome da chamada "reapropriação social dos conflitos", no que tange às distintas formas de justiça privada (*vigilantes*, fazer justiça com as próprias mãos, acordos patrimoniais etc.) e, por outro lado, os diferentes modelos de controle disciplinar doméstico ou comunitário. Uma crítica mais profunda das hipóteses abolicionistas será desenvolvida no parágrafo 25.1. Vejam-se também as observações críticas de P. Marconi, *La strategia abolizionistica di Louk Hulsman*, *Dei delitti e delle pene*, 1983, 1, p. 221-238; T. von Trotha,

“Limits to pain”. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie, *Kriminologisches Journal*, 1983, 1, p. 34-53; M. Pavarini, Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo, *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 525-553. Sobre o abolicionismo atual, cf. ademais S. Scheerer, L’abolizionismo nella criminologia contemporanea, ibidem, 1983, 3, p. 525-541; E. García Méndez, La dimensione politica dell’abolizionismo. un punto di vista periferico, ibidem, 1985, 3, p. 555-567; G. Smaus, Modelli di società nel movimento abolizionista, ibidem, p. 569-590.

⁽³⁶⁾ Pode-se afirmar que assim como as doutrinas abolicionistas do Estado eludem o problema das formas de governo (cf., neste sentido, N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 61-64 e 188 e ss.), as abolicionistas do direito penal eludem o problema das formas do direito e do processo penal, oscilando entre um estéril utopismo teórico e soluções práticas regressivas e antigarantistas.

⁽³⁷⁾ A distinção entre “teorias absolutas” (*absolute Theorien*) e “teorias reativas” (*relative Theorien*) é usual na literatura alemã, italiana e francesa, e corresponde substancialmente àquela anglo-saxã entre “teorias retribucionistas” e “teorias utilitaristas”. Formulada pela primeira vez por A. F. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1857), trad. it. da 13.ª ed., de E. Bertola, *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1892, p. 5, foi recolhida por C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Barbera, Firenze, 1862, p. 288-289; por F. Hélie, Introduction a Pell. Rossi, *Traité de droit pénal*, 3.ª ed., in *Oeuvres complètes de P. Rossi*, Guillaumine, Paris, 1863; por E. Pessina, *Elementi di diritto penale* (1865), Stamperia della Regia Università, Napoli, 1870, vol. I, p. 21-22; por F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Guttentag, Berlin, 1899, par. 4; e idem, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. it. coord. por A. A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*; Giuffrè, Milano, 1962, p. 5 e ss.; por E. Florian, *Trattato di diritto penale, I. Dei reati e delle pene in generale*, Vallardi, Milano, 1906, p. 19. Geralmente, costuma-se acrescentar um terceiro grupo, o das teorias “mistas” ou “eccléticas” (*gemischte Theorien*), assim denominadas porque tentam combinar o fundamento moral das teorias absolutas e o utilitário das teorias relativas. Trata-se, na realidade, de teorias relativas ou utilitaristas que, por um equívoco teórico do qual falarei mais adiante, confundem a justificação da pena com o princípio retributivo do caráter consecutivo da pena em relação ao delito.

⁽³⁸⁾ Amplas resenhas das doutrinas sobre o fim da pena podem ser encontradas em A. F. Berner, ob. cit., p. 5-30; V. Manzini, *Diritto penale*, cit., p. 45-94; E. Florian, ob. cit., p. 1-31; G. Maggiore, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1951, vol. I, t. II, p. 675-691; M. A. Cattaneo, Fondamenti filosofici della sanzione penale, *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*, Atas do XXI Congresso de Filosofia jurídica e política, Bulzoni, Roma, 1978, p. 41-100; idem, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978; idem, Pena, I. Filosofia del diritto, *Enciclopedia del Diritto*, cit., vol. XXXII, 1982, p. 701-712; E. R. Zaffarone, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1981; J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 20-41.

⁽³⁹⁾ Sêneca, *De ira*, liv. I, cap. XIX, in *Operette morali*, coord. de R. Del Re, Zanichelli, Bologna, 1977, vol. II, p. 50.

⁽⁴⁰⁾ Pell. Rossi, *Traité de droit penal* (1829), trad. it. de R. M., *Trattato di diritto penale*, Borroni e Scotti, Milano, 1852, liv. I, cap. XII, p. 151: “A sociedade, dentro dos limites daquele dever que tem de conservar-se, tem o direito de pagar o mal com o mal”.

⁽⁴¹⁾ A “vingança de sangue” não era em absoluto uma reação instintiva ou espontânea. Era, pelo contrário, um direito e, ainda antes, um dever que recaía sobre a parte ofendida e seu grupo de parentesco. E dirigia-se também, solidariamente, contra o ofensor e seu grupo de parentesco. Sobre a vingança de sangue, e mais em geral sobre a vingança privada como forma originária de punição na maior parte das sociedades primitivas, cf. H. J. S. Maine, *Ancient law, its connections with the early history of society and its relation to modern ideas*, Murray, London, 1861; J. J. Thonissen, *Études sur l’histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1869, t. II, p. 259 e ss.; idem, *Le droit pénal de la République athénienne, précédé d’un Étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1875; H. Spencer, *Principles of sociology* (1896), trad. it. coord. por F. Ferrarotti, *Principi di sociologia*, Utet, Torino, 1967, vol. II, § 292 e ss.; A. H. Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (1894), trad. it. de P. Bonfante e C. Longo, *Giurisprudenza etnologica. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1906, vol. I, p. 142-146 e 199-228; A. Pertile,

Storia del diritto penale, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. V, Utet, Torino, 1892, p. 7 e ss.; Del Giudice, *La vendetta nel diritto longobardo*, extr. do "Archivio storico longobardo", a. III, fasc. II, 1876; idem, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in E. Pessina (org.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1905, vol. I, p. 439 e ss. e 447 e ss.; C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, ibidem, p. 9 e ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, ibidem, vol. II, p. 290 e ss.; V. Manzini, *Diritto penale*, cit., p. 47-54; F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 2, p. 19-21; A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, Studi sulle concezioni antiche e confronti con le teorie moderne, Bocca, Torino, 1903, p. 139-155; E. Florian, ob. cit., p. 3-7; G. B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Utet, Torino, 1911, p. 35-45; L. Levy-Bruhl, *L'âme primitive* (1927), trad. it. de A. Macaluso, *L'anima primitiva*, Borinighieri, Torino, 1962, cap. II; H. von Hentig, *Die Strafe, Urprung, Zweck, Psychologie* (1932), trad. it. de M. Piacentini, *La pena. Origine, scopo, psicologia*, Fratelli Bocca, Milano, 1942, p. 21-32; O. Brunner, *Land und Herrschaft*, 1939, tr. it. de G. N. Schiera e de C. Tommasi, *Terra e potere*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 13-153; H. Kelsen, *Society and nature. A sociological inquire* (1943), trad. it. de L. Fuà, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Torino, 1953, p. 84-97; A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 227 e ss. e 243 e ss.; E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 24 e ss.; idem, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 224-231. Sobre a idéia primitiva do "castigo equivalente" e da correspondência qualitativa da pena em relação ao delito que informa o princípio do talião, vejam-se ademais o parágrafo 29.2 e a nota 109 do capítulo 7.

⁽³²⁾ Lembrem-se as ferozes máximas "aquele que derramar sangue humano, por mão de homem será derramado o seu; porque o homem foi feito à imagem de Deus" (*Gênesis*, 9, 6); "não terá teu olho piedade; vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" (*Deuteronômio*, 19, 21, que recolhe a máxima formulada em *Êxodo*, 21, 24); "O vingador do sangue matará por si mesmo ao homicida; quando o encontrar, o matará" (*Números*, 35, 19; ibidem, 20-21 e 24-28). Na Bíblia também se encontra afirmada, no entanto, a rejeição da vingança: "Não te vingues e não guardes rancor contra os filhos do teu povo; amarás a teu próximo como a ti mesmo" (*Levítico*, 19, 18). Sobre a concepção judaica da pena como penitência retributiva, vejam-se as marcantes páginas de P. Ricoeur, *Finitudine e colpa*, cit., p. 290-294 e 329-351. Ricoeur sublinha o nexo, presente na tradição hebraica e cristã, entre a idéia da pena como justo sofrimento e a idéia do sofrimento como justa punição: esta segunda idéia, afirma, precede e inclui a primeira, no sentido de que o paradigma retributivo expressa para a consciência religiosa a exigência da justa punição na medida em que sirva ainda antes para explicar o sofrimento humano em geral, começando pela morte, como efeito de alguma escura culpa original e da raiva de Deus.

⁽³³⁾ *Mateus*, 5, 7, 38-40, 43-44; 6, 14-15; 18, 21-22.

⁽³⁴⁾ São Paulo representa a Deus como aquele "qui reddet unicuique secundum opera ejus" (*Romanos*, 2, 6) e lhe atribui as tenebrosas palavras do Deus judeu (*Deuteronômio*, 32, 35) "mihi vindictam: ego retribuam" (*Romanos*, 12, 19). E fundamenta na vontade de Deus o magistério penal: "Dei enim minister est tibi in bonum. Si autem malum feceris, time; non enim sine causa gladium portat. Dei enim minister est, vindex in iram ei, qui malum agit. Ideo necessitate subditi estote non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam" (*Romanos*, 13, 4-5). Também São Pedro considera aos soberanos enviados por Deus "ad vindictam malefactorum" (*Primeira carta*, 2, 14).

⁽³⁵⁾ *La città di Dio*, liv. XX, cap. I, in *Opere*, Città Nuova Editrice, Roma, 1978, vol. V/2.

⁽³⁶⁾ *Summa theologiae*, Ia, IIae, quaestio XXI, art. 3, onde "meritum et demeritum dicuntur in ordinem ad retributionem quae fit secundum iustitiam"; ibidem, IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4, onde a pena é concebida como "castigo equivalente", que "importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem"; ibidem, IIa, IIae, quaestio CVIII, inteiramente dedicada à "vindictatio licita et virtuosa", onde a "punitio peccatorum" é configurada como "actus commutativae iustitiae" (art. 2). Segundo São Tomás, a pena tem, no entanto, uma função preventiva e pedagógica, "quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala et ad implendum bona propter metum poenae, perducitur quandoque ad hoc, quod doctabiliter et ex propria voluntate hoc faciat. Et secundum hoc lex etiam puniendo perducit ad hoc quod homines sint boni" (ibidem, Ia, IIae, quaestio XCII, art. 2). Vejam-se também as passagens recolhidas aqui nas notas 113 e 123. Uma concepção nitidamente retributiva, baseada no

talião, é, como se sabe, a de Dante Alighieri (*Inferno*, XXVIII, 142), sobre cuja doutrina penal, contrastada como “medieval” à “moderna” de Hobbes, cf. U. Scarpoli, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 57-69.

⁽³⁷⁾ Pio XII, Principi fondamentali del diritto penale, *Archivio penale*, 1953, I, p. 421-422: “É desejável que ao menos delitos mais graves sejam punidos em todas as partes e, se possível, de maneira igualmente severa, de forma que os culpáveis não possam em nenhum lugar subtrair-se ou serem subtraídos à punição”; *ibidem*, p. 435-436: “função principal da pena é a expiação do delito cometido, que sanciona a violação do direito... na medida em que seja possível dar satisfação à ordem violada, é necessário fazê-lo. É uma exigência fundamental da ‘justiça’. No campo da moralidade sua missão é manter a igualdade existente e justificada, conservar o equilíbrio e restaurar a igualdade infringida. Esta exige que, por meio da pena, o responsável seja submetido pela força à ordem. O cumprimento desta exigência proclama a supremacia absoluta do bem sobre o mal; por meio desta se exerce a soberania absoluta do direito sobre a injustiça... A vítima de uma injustiça pode livremente renunciar à reparação, mas a justiça por seu lado lhe assegura de qualquer forma”. Sobre esta alocação, que expressa a versão talvez mais inflexível formulada em época contemporânea pela doutrina ético-retribucionista, veja-se o artigo, de total adesão, de B. Petrocelli, La pena nel pensiero di Pio XII, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1953, p. 678-684.

⁽³⁸⁾ Para Joseph de Maistre a justiça penal pertence ao desígnio da providência divina e alcança como justiça retributiva, segundo um escuro princípio de *reversibilité*, também aos inocentes e às gerações sucessivas (*Les soirées de Saint-Petersbourg*, La Colombe, Paris, 1960, p. 255, 268, 316); agente misterioso deste lúgubre desígnio é o verdugo, “herança da associação humana. Tirai do mundo esse agente incompreensível, e no mesmo instante a ordem deixará seu lugar ao caos, os tronos se afundarão e a sociedade desaparecerá” (*ibidem*, p. 23-24). A idéia da pena como “retribuição divina” por meio da qual se realiza a ordem ética é sustentada por F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts* (1854), reimp. Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1963, vol. II, 142, p. 518-521. Uma idéia semelhante encontra-se em P. L. Taparoli, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Mansi, Livorno, 1845, que sustenta que “caminham em harmonia perfeitíssima a justiça divina e a humana” (p. 282), sendo uma “vingadora” (p. 280) e a outra obrigada “seja frente ao delinquent, seja frente aos associados, seja frente ao Criador” a “reordenar na vida presente”, mediante a pena “em compensação da má ação”, a “desordem” produzida pelo delito (p. 281); e daí se deduz a função “exemplar”, “medicinal” e “reparadora” da pena (p. 283-285), a punibilidade do delito mesmo que só “falado” e do “crime impossível” (p. 286-287) e inclusive a licitude de “impor uma pena ao inocente” por “um delito cometido por outros” caso se trate de um “delito social”, quer dizer, “da sociedade da qual é membro” e ele “não discorde abertamente” do mesmo (p. 289).

⁽³⁹⁾ I. Kant, Principi metafisici della dottrina del diritto, cit., p. 520-521: “A punição jurídica... somente deve ser-lhe aplicada porque este cometeu um delito... Vale aqui a sentença farisaica: ‘É melhor que morra um só homem, do que corromper todo um povo’; porque, se a justiça desaparece, não há mais nenhum valor em que vivam homens sobre a terra”; *ibidem*, p. 523: “Mesmo se a sociedade civil se dissolvesse com o consenso de todos os seus membros (se, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem se separar e se dispersar por todo o mundo), o último assassino que se encontrasse na prisão deveria primeiramente ser justificado, a fim de que cada um leve a pena de sua conduta, e o sangue derramado não recaia sobre o povo que não reclamou aquela punição: por que este povo poderia ser considerado então como cúmplice dessa violação pública da justiça. Esta igualdade entre a punição e o delito, que, segundo o direito estrito do talião, não é possível senão por meio de uma sentença de morte, é esclarecida assim: que esta sentença é o único modo de punir todos os criminosos de forma proporcional à sua malignidade interna”.

⁽⁴⁰⁾ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 93, p. 92: “A explicação real de que a violência se destrói em seu próprio conceito é que a violência se elimina com a violência. Portanto, enquanto segunda violência, que é a eliminação de uma primeira, é legítima; não apenas condicionalmente jurídica, mas necessária”; *ibidem*, par. 97, p. 158: “A lesão do direito enquanto direito tem por certo uma existência positiva, exterior, mas esta existência é em si mesma nua. A manifestação desta sua nulidade é a aniquilação da lesão, que, então, passa a existir. Esta é a realidade efetiva do direito, enquanto necessidade de conciliar-se consigo mesmo pela eliminação da sua lesão”; *ibidem*, par. 99, p. 96-97: “Nesta discussão a única coisa que importa é que o delito deve ser eliminado não como produção de um

prejuízo, senão como lesão do direito enquanto direito”; *ibidem*, 102, p. 99-100: “A eliminação do delito é, nesta esfera da imediação do direito, principalmente, *vingança*. Esta é justa segundo seu conteúdo na medida em que é uma compensação”. Vejam-se ademais, *ibidem*, os anexos n. 61-64 aos par. 97-101, p. 326-328, bem como as notas aos par. 96-102, p. 484-489; *idem*, *System der Sittlichkeit* (1802), trad. it. coord. por A. Negri, in *Scritti di filosofia del diritto*, 1802-1803, Laterza, Bari, 1962, p. 182: “A justiça vindicativa está vinculada de modo absoluto ao delito. É a necessidade absoluta que os une, pois uma coisa é o oposto da outra, uma representa a subsunção oposta da outra. O delito, enquanto vitalidade negativa, como conceito que se constitui em intuição, subsume o geral, o objetivo, o ideal; a justiça vindicativa, ao contrário, enquanto universal, objetiva, subsume de novo esta negação que se constitui na intuição”.

⁽⁴¹⁾ G. W. F. Hegel, *Lineamenti*, cit., par. 257, p. 208; par. 337, p. 282; par. 261, p. 216.

⁽⁴²⁾ Cf., neste sentido. M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 16-17; *idem*, *Pena*, cit., p. 705.

⁽⁴³⁾ M. Ginsberg, *On justice in society* (1965), trad. it. de V. Ferrari, *La giustizia nella società*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 213. Sobre a origem mágica da idéia retributiva e sobre sua explicação por meio do princípio – naturalista e ao mesmo tempo moral – do talião, cf. H. Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 96 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Sêneca, loc. ult. cit. A passagem de Platão está em *Protagora*, XIII, 324b, *Dialoghi filosofici*, coord. de G. Cambiano, Utet, Torino, 1970, vol. I, p. 323, e, ainda, em *Leggi*, cit., XI, 12, 934a, p. 477. A rejeição da vingança baseada em argumentos morais vem expressa no *Crítone*, 49c-d, *ibidem*, p. 95: “Sócrates: E responder com o mal quando recebe-se mal, é justo, como afirma a maioria, ou é injusto? Crítone: De nenhum modo é justo. Sócrates: Logo não deve-se responder com a injustiça nem fazer mal a nenhum homem, qualquer que seja o dano que se receba dele... Nunca é bom cometer injustiça ou responder à injustiça, ou responder fazendo mal quando se recebe o mal”.

⁽⁴⁵⁾ É o critério de distinção indicado, entre outros, por F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., par. 14, 16 e 613, vol. I, p. 58 e 601.

⁽⁴⁶⁾ Giorgio Del Vecchio considera um “paralogismo” a idéia da retribuição do mal com o mal, e contrapõe à mesma a da retribuição do mal com o bem, que seria a pena como arrependimento e como reparação civil do dano (*Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto* (1957), em apêndice a *La giustizia*, Studium, Roma, 1959, 6.^a ed., p. 194, 196 e 204). No plano lógico, naturalmente, uma idéia equivale à outra; seja como for, responder ao mal com o mal não significa eliminá-lo, nem repará-lo, mas, quando muito, redobrá-lo.

⁽⁴⁷⁾ *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 81, 92-96, 104-106.

⁽⁴⁸⁾ *La città del sole*, in *Opere di Giordano Bruno e di Tommaso Campanella*, coord. por A. Guzzo e R. Amerio, Ricciardi, Milano, 1956, p. 1.103: “quando acontece um caso injurioso, o homicídio se castiga com a morte, e se paga com a pena de paridade, olho por olho, nariz por nariz, quando é caso pensado”. A retribuição penal tem por outro lado, para Campanella, uma função duramente penitenciária: “Não existem prisões, mas apenas uma grande torre para algum inimigo rebelde. Não se escreve o processo, mas, sim, em presença do juiz e do *podestà* se dizem os prós e os contras; e o juiz condena de imediato. E, ao depois o *podestà*, se se apela, condena no dia seguinte. E depois, ao terceiro dia, a condenação do Sol; ou se obtém graça depois de muitos dias com o consentimento do povo. E ninguém pode morrer se todo o povo não o mata de comum acordo. Não possuem carrasco, mas todos o apedrejam ou o queimam, fazendo que acabe por escolher a pólvora a fim de morrer de imediato. E todos choram e rogam a Deus que aplaque sua ira, lamentando ter cortado um membro infecto do corpo da República. E o fazem de forma que ele próprio aceite a sentença, e discutem com ele até que, convencido, diga que a merece” (*ibidem*). No mais, ao menos para os delitos mais leves, Campanella propõe a reeducação sobre a base de que tenha havido a confissão (*infra*, nota 125).

⁽⁴⁹⁾ J. Selden, *De jure naturali et gentium iuxta disciplinam ebraeorum* (1640), apud Jeremiam Schrey, *Francofurti*, 1965, liv. I, cap. 4: “Ex ratione et essentia poenae proprie dicta est, ut pro peccatu seu culpa aliqua impendantur, idque sive ea *satisfactoria* dicatur, sive expiatoria, sive purgatoria... Poena, qualibet hac in specie, qua generatim poena est, plane est retributiva, seu nomine irrogatur, *quia peccatum est*”.

⁽⁵⁰⁾ *Essais de Theodicée, sur la bonté de Dieu, la liberté de l’homme et l’origine du mal* (1710), trad. it. de D. O. Bianca, Saggi di Teodicea, in *Scritti filosofici*, Utet, Torino, 1967, vol. I, parte I, par.

73, p. 499-500: “Existe, todavia, uma certa justiça e um certo gênero de recompensas e castigos... que não têm por fim nem a emenda, nem o exemplo, nem tampouco a reparação do mal. Esta justiça não está fundada em nada além da conveniência que exige uma certa expiação decorrente de uma má ação. Está sempre fundada em uma reação de conveniência que acontece não apenas ao ofendido, mas também aos sábios que a assistem, da mesma forma que uma música bela ou uma boa arquitetura acontecem aos espíritos bem formados... Pode-se até dizer que aqui ocorre uma certa indenização ao espírito, ofendido pela desordem, caso a pena não servisse a reestabelecê-la”. Leibniz não exclui que as penas sejam meios para a obtenção de efeitos utilitários: “É certo e experimentado que o medo dos castigos e a esperança da recompensa servem para que os homens se abstenham do mal e ditem de fazer o bem” (ibidem, par. 71, p. 498-499). Entretanto, trata-se justamente de efeitos – que “não acontecem sem a assistência destes meios” ou encontram neles “uma parte de suas causas” (ibidem) – e não da finalidade da pena que é essencialmente aquela estética de satisfazer o “princípio de conveniência, que estabelece que as coisas sejam regulamentadas de molde a que a má ação deva atrair um castigo” em virtude de “uma espécie de harmonia preestabelecida” (ibidem, par. 74, p. 500). Esta concepção estética da retribuição penal, que repugna qualquer fato que fique sem remuneração, foi trazida por J. F. Herbart, *Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie* (1813), trad. it. de G. Vidossich, *Introduzione alla filosofia*, Laterza, Bari, 1908, par. 94, p. 116: “A ação não retribuída... implica o conceito de uma perturbação que fique removida mediante a retribuição. Nisto baseiam-se os conceitos de prêmio e de castigo, na medida em que um e outro sejam merecidos e não usados ao acaso como meios para a consecução de certos fins”. Em Leibniz, não obstante, a concepção retributiva da pena se associa à correccionalista: “A pena serve para a correção e para o exemplo, e o mal serve muitas vezes para desfrutar melhor do bem, e algumas vezes contribui para um aperfeiçoamento do que sofre, como o grão que se semeia e que está sujeito a uma espécie de corrupção para germinar. É uma bela comparação da qual até mesmo Jesus Cristo se serviu” (ob. cit., par. 23, p. 473): “O fim mais freqüente do castigo é a emenda; entretanto, não é o único” (ibidem, par. 126, p. 541).

⁽⁵¹⁾ *Della Dicesina*, cit., liv. I, cap. XIX, 6, p. 174: “A pena, portanto, nada mais é do que o retirar de ti aquele direito que tu terás perdido por ter ofendido aquele de outrem, e dela a força e a potência nada mais são que executoras. Eis o verdadeiro fundamento da pena: fundamento que está na sua própria natureza”; ibidem, par. 10, p. 180: “Será retirado de ti um direito igual ao que tu violaste, e do mesmo gênero. Esta é a pena, chamada de *ameibe* pelos gregos, *talio*, pelos latinos, *talhão* por nós. É concebida em dois versos: *Aquele que padece do que fez a outrem / À Santa justiça satisfaz*”.

⁽⁵²⁾ *Trattato di diritto penale*, cit., liv. I, cap. XII, p. 158-159: “O castigo não é um mal imposto... com o fim de obter por este meio um bem maior... A pena em si própria nada mais é do que a retribuição feita através de um juiz com legitimidade, com ponderação e medida, do mal pelo mal”. Cf. também, *supra*, a nota 30.

⁽⁵³⁾ “A lei da justiça”, afirma Rosmini, “declara digno de pena quem faz o mal”; “diz que a ‘causa voluntária do mal deve suportar a pena’; ou seja, que ‘o mal moral e o mal eudemonológico devem equilibrar-se’” (*Filosofia del diritto* (1841), 2.ª ed. napolitana Pedone Lauriel e Rossi-Romano, Napoli, 1856, vol. I, liv. IV, par. 1711, p. 451).

⁽⁵⁴⁾ Segundo Mamiani, “o dever permanente da convivência humana é o de realizar, na ordem secundária e imperfeita em que vive, as condições da ordem superior absoluta” e, por conseguinte, “o de realizar na terra a lei eterna da justa retribuição do mal pelo mal. E posto que a retribuição equitativa do mal pelo mal é, de fato, uma reintegração da ordem perturbada e alterada pela impunidade, ou é necessário negar este dever geral e absoluto de restabelecer a ordem, ou conceder este dever particular de reintegrá-lo das ofensas da impunidade” (*Intorno alla filosofia del diritto e singolarmente intorno alle origini del diritto di punire. Lettere di T. Mamiani e di P. S. Mancini*, Società Tipografica, Firenze, 1844, carta II de 15.04.1840, p. 24-25).

⁽⁵⁵⁾ “A violação ou negação do Direito exige a reafirmação do mesmo, o qual significa que a força do direito deve vencer a atividade individual, sujeitando-a, subordinando-a a si mesma... Por conseguinte, a pena na sua essência é a eficácia de repulsão por meio da qual o Direito se volta contra a *individualidade humana* que cometeu o crime, e o faz para reparar a desordem do mesmo, vale dizer, para reafirmar a própria superioridade sobre as atividades humanas. O fim da pena é anular o delito” (E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, cit., I, p. 30). A concepção retribucionista da pena como “nega-

ção da negação” é sustentada também por F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica* (1873), Jovene, Napoli, 1910, par. 135-138, p. 620-632.

⁽⁵⁶⁾ “O fim da pena, tomada em seu sentido absoluto, é o triunfo da lei moral mediante a expiação e a emenda... o fim da pena social é o ressarcimento do dano público, o reestabelecimento da ordem social, da segurança pública que foi comprometida pelo ato ruim” (T. Canonico, *Del reato e della pena in generale*, Utet, Torino, 1872, p. 313-314).

⁽⁵⁷⁾ “Cremos que o princípio de retribuição é o que melhor expressa o conteúdo e a função da pena, através do qual esta pode definir-se como um mal cominado ou infligido ao réu, dentro das formas legais, como retribuição ao mal do delito, para reintegrar a ordem jurídica injuriada” (G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., p. 686).

⁽⁵⁸⁾ “A idéia de retribuição é, por conseguinte, a idéia central do direito penal. A pena encontra sua razão de ser no seu caráter retributivo. A retribuição é uma das idéias-forças de nossa cultura. Pode-se até dizer que a idéia da retribuição é própria de qualquer forma de cultura que não renegue os valores supremos” (G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale* (1945), Priulla, Palermo, 1950, p. 507); “A exigência de que ao mal se siga o mal não é de nenhum modo expressão de um desordenado instinto primordial de reação contra o ilícito, mas, sim, expressão de um sentimento de justiça que postula um castigo para os réus, sem o qual desapareceria o fundamento ético da sociedade civil” (ibidem, p. 510).

⁽⁵⁹⁾ Posto que “o homem é responsável pelas suas ações”, “é justo que aquele que cometeu o mal sofra o castigo correspondente” (V. Mathieu, *Perché punire? Il colosso della giustizia penale*, Rusconi, Milano, 1978, p. 14-15). Vejam-se, a propósito, as observações críticas de M. A. Cattaneo, *Perché punire? Osservazioni su un libro di Vittorio Mathieu, Critica giudiziaria*, IV, n. 1-2, 1979, p. 7-13. Recentemente a doutrina da retribuição jurídica foi novamente proposta por F. D’Agostino, *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 123 e ss., segundo o qual a finalidade da pena é “a expiação” e “a regeneração ‘jurídica’ do réu”.

⁽⁶⁰⁾ L. H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht* (1802), reimp. anast., Culture et Civilisation, Bruxelles, 1891, par. 65-67 e 414-423, p. 33 e 203-209. Sobre a doutrina retributiva de Jakob, cf. M. A. Cattaneo, *Il diritto penale nel pensiero di Ludwig Heinrich Jakob, Quaderni fiorentini*, 13, Giuffrè, Milano, 1984, p. 331-382. Veja-se, também, sobre Jakob, A. Negri, *Alle origini delo formalismo giuridico*, Cedam, Padova, 1962, p. 97 e 179 e ss.

⁽⁶¹⁾ Enquanto conexa e equivalente à culpa, a pena é para Abegg “a manifestação da pura justiça e satisfaz, por si só, os ideais de utilidade” (*Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse*, Wagner Neustadt an der Orla, 1835, par. 48). Entre as doutrinas retribucionistas rigidamente absolutas, recordem-se, também, as dos alemães Zachariä, Wirth, Merkel e Heinze, todas de inspiração kantiana ou hegeliana, bem como as mais ecléticas dos franceses Hélie, Tissot, Ortolan e Proal, ligadas à lição de Pellegrino Rossi). Entre os retribucionistas alemães de inspiração kantiana, Mario A. Cattaneo recorda também Bergk, Tieftrunk, Beck, Mellin e Tafinger (La doutrina penale di Karl Grolman nella filosofia giurídica del criticismo, *Materiali per una storia della cultura giurídica*, III, 1, 1973, p. 266-267).

⁽⁶²⁾ “Mediante a pena se reconstitui o direito e se anula o injusto. Portanto a pena é um ato da justiça. A justiça, por seu lado positivo, quer que aquele que usurpe a esfera de ação de outrem seja, em igual medida, vinculado em sua própria esfera: e isto só se obtém com a pena. A mais nítida expressão a este respeito é a retribuição, que constitui, portanto, o verdadeiro fundamento da pena” (A. F. Berner, ob. cit., p. 25).

⁽⁶³⁾ K. Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts* (1879), trad. it. da 8.ª ed. alemã de 1913 de A. Boretini, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Athenaeum, Roma, 1927, par. 92, p. 392: “A pena é uma perda de direitos e de bens jurídicos que o Estado impõe, por direito, a um delinquente como satisfação pela irreparável violação jurídica, visando manter a autoridade da lei violada”; ibidem, p. 408: “Esta é a submissão coercitiva do delinquente ao poder triunfante do direito”.

⁽⁶⁴⁾ “A sanção penal está para a vingança assim como o matrimônio está para o instinto sexual”, na medida em que o “direito penal regula, sanciona e oferece legítima satisfação ao passionismo da vingança” (J. f. Stephen, *General view of the criminal law of England*, Macmillan, London, 1863, p. 99). A tese é reiterada por Stephen em *Liberty, equality, fraternity*, Smith Elder, London, 1874, que confere à pena a missão de “combater o vício” (p. 159) e de satisfazer “de maneira pública, regular, jurídica” o “sentimento de aversão” e o “desejo de vingança” produzidos na população pelo delito (p.

162 e 165): o que constitui uma antecipação das atuais doutrinas da prevenção geral positiva (*infra*, parágrafo 22.1, notas 170-173).

⁽⁶⁵⁾ N. Morris, *The future of imprisonment*, University Press, Chicago, 1974; D. Fogel, *We are the living proof: the justice model for corrections*, Anderson, Cincinnati, 1975; R. Singer, *Just desert: sentencing based on equality and desert*, Ballinger, Cambridge, 1979; A. M. Dershowitz, *Fair and certain punishment*, McGraw-Hill, New York, 1979; E. Van Haag, *Punishing criminals*, Basic Book, New York, 1975; A. Von Hirsch, *Doing justice. The choice of punishments*, Basic Book, New York, 1976. A contínua referência ao alarme social (*public panic*) e à necessidade social de segurança por parte destes dois últimos autores aproxima também suas concepções às doutrinas expressivas da prevenção geral positiva (*infra*, par. 22.1). Oferecem uma resenha acerca desta literatura A. Bottons e R. H. Preston, *The coming penal crisis*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1978. Para uma análise crítica, veja-se M. Pavarini, La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste ed ideologie neo-liberiste, *Quali garanzie*, G. Cotturi e M. Ramat (org.), De Donato, Bari, 1983, p. 298 e ss.; L. Eusebi, La "nuova" retribuzione (1983), in G. Marinucci e E. Dolcini (org.), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 92-135.

⁽⁶⁶⁾ H. Grócio, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), Brill, Lugduni, 1939, liv. II, cap. XX, par. I, 1; *ibidem*, cap. XXI. Entre os intérpretes de Grócio como "retribucionista" recordem-se: G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., p. 683; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 484; J. Nagler, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung* (1918), Scientia, Aalen, 1970, p. 266. Para uma crítica desta interpretação, cf. M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., p. 10-13.

⁽⁶⁷⁾ Esta interpretação das teses de Carrara, de Nagler e de Mabbott é sustentada por M. A. Cattaneo, *Fondamenti filosofici*, cit., p. 49-54, e *Il problema filosofico*, cit., p. 17-18 e 20-27. Em particular, as teorias retribucionistas de Nagler e de Mabbott são chamadas por Cattaneo, em atenção à preocupação garantista que as inspira, "limitadas" ou "negativas", no sentido de que ressaltam, sobretudo, o fato de que podem ser punidos somente aqueles que cometeram um crime (*Pena*, cit., p. 703). É provável que a mesma preocupação esteja na base da adesão ao retribucionismo de muitos outros juristas que concebem a pena como instrumento de "reintegração", "conservação", "reparação", "tutela" ou "defesa jurídica". Veja-se, por exemplo, a rude concepção retribucionista da pena como "reintegração da ordem jurídica" e "destruição do delito" similar a uma operação cirúrgica "em que se retira do organismo um corpo estranho", em A. Buccellati, *Sommi principii del diritto penale*, Vallardi, Milano, 1865, p. 132-133, e sua justificação, pelo mesmo autor, com o argumento garantista que "é intrinsecamente injusto castigar un delito futuro", posto que a "justiça repressiva, objeto do direito penal, refere-se necessariamente ao passado, diferentemente da justiça preventiva, objeto da polícia ou da ciência governamental, que se dirige al futuro" (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, Hoepli, Milano, 1884, p. 78-79).

⁽⁶⁸⁾ H. L. A. Hart, *Punishment and responsibility* (1968), trad. it. de M. Jori, *Responsabilità e pena*, Edizione di Comunità, Milano, 1981, p. 30 e 34-38. Já Romagnosi havia feito distinção entre retribuição (do delito passado) como *causa* e prevenção (do delito futuro), como *motivo* ou fim da pena: Para o direito penal, afirmou: "são requeridos sempre, ao menos, dois atos injustos nocivos, ou seja, dois delitos: um no *passado* e outro no *futuro*; um cometido pelo indivíduo que deve ser castigado, e o outro pela possibilidade de vir a ser cometido pelos maldosos ou pelo mesmo réu, sempre que o que foi réu permaneça impune; um como condição necessária e como causa *ocasional* da pena, e o outro como *objeto* que se quer evitar por intermédio da pena. Vale dizer, uma ocasião da pena, pois que o outro constitui seu objeto, ou seja, motivo" (*Genesi del diritto penale*, cit., par. 329, p. 139-140). Liszt havia liquidado o problema de forma ainda mais resoluta: "A contradição entre o *quia* e o *ne* é puramente imaginária. Ou, para prosseguirmos no discurso: repressão e prevenção não são contrários. Se eu nado, nado porque caí na água ou para não me afogar? Tomo o remédio porque estou doente ou para ficar bom? Reforço a casa para que não caia ou por que é perigoso não fazê-lo? Todas estas perguntas possuem o mesmo valor daquele que há milênios constitui o ponto controverso da doutrina do direito dedicada à especulação filosófica" (*La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 64-65).

⁽⁶⁹⁾ A. Rosso, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 76 e 78-79. A distinção entre os dois problemas foi formulada também por A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale* (1913), *Opere giuridiche*, Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I, p. 455-456: "Retribuir não é um fim... Retribuir é um meio: é o meio mediante o qual se alcança um fim... a retribuição (do mal com o mal) é, portanto, não o fim, mas o modo de ser da pena, e mais, um modo de ser que esta tem em comum com todas as demais reações jurídicas que não possuem caráter penal".

⁽⁷⁰⁾ A diferença entre as duas razões consiste no fato, como escreveu Aristóteles, antecipando as teses de Hart e de Ross, de que a lei “decide sobre o futuro”, enquanto o juízo “decide sobre o passado” (*Rhetorica*, cit., I, 3, 1358b, p. 14-15). Escreve J. Rawls, *Two concepts of rules* (1954), atualmente em *The philosophy of punishment*, coord. por H. B. Acton, Macmillan, London, 1969, p. 108: “Pode-se dizer, portanto, que o juiz e o legislador estão em posições diversas, bem como olham em direções diversas: um para o passado, o outro para o futuro. A justificação daquilo que faz o juiz, enquanto juiz, assemelha-se à concepção retributiva. A justificação do que o legislador (ideal) faz, enquanto legislador, assemelha-se à concepção utilitarista”.

⁽⁷¹⁾ *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 225. Mais precisamente, Pasukanis, interpretando ao pé da letra a idéia de “retribuição penal” e concebendo a pena segundo o paradoxo hegeliano, como correspondente de um “intercâmbio”, afirma que “o delito pode ser considerado como uma particular variedade de troca na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual, se instaura *post factum*, vale dizer, depois de uma ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre delito e retribuição nada mais é do que uma proporção de troca” (ibidem, p. 217). Tornarei mais tarde sobre esta absurda metáfora e sobre as consequências antigarantistas que se extraem de Pasukanis.

⁽⁷²⁾ Kant afirma que a “a lei penal é um imperativo categórico” e que a pena se dirige contra a “maldade interna” dos criminosos (*Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 521 e 523). Deste modo, associando um caráter moral à lei penal, ele confunde o direito com a moral, contradizendo a distinção efetuada por ele próprio entre autonomia da moral, baseada em imperativos categóricos e incondicionados, e heteronomia do direito, formado por imperativos hipotéticos enquanto condicionados pela sanção. Sobre esta contradição kantiana, veja-se M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, cit., p. 416-426; idem, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 287-308. A mesma confusão entre direito e moral está presente nas outras demais doutrinas da pena, tais como “retribuição moral”: “A justiça humana é, por conseguinte, uma lei natural, um elemento do sistema moral neste mundo, como a gravidade é uma lei do sistema físico, destinada a manter os corpos na órbita que lhes foi destinada” (Pell. Rossi, ob. cit., liv. I, cap. XII, p. 160); “a lei humana é aplicação, especificação e complemento accidental da lei moral” (T. Mamiani, ob. cit., *Nuove lettere*, IIa, p. 165); “A pena é um ‘dever ser’, uma exigência moral e jurídica que deve encontrar sua realização e consagração” (G. Bettiol, ob. cit., p. 496).

⁽⁷³⁾ *Supra*, notas 40 e 41. A confusão é enunciada, ainda mais explicitamente, por aqueles que professam, invocando geralmente a Hegel, a doutrina da pena como “retribuição jurídica”: cf. por todos, E. Pessina, ob. cit., I, p. 28: “A doutrina da retribuição jurídica sintetiza todos os demais sistemas como tantos aspectos secundários e parciais do verdadeiro, integrando-os em um princípio superior. O cumprimento da lei moral, segundo esta doutrina, encerra o princípio de que o Estado deve reafirmar o direito quando este for violado pela aparição do delito. A pena, reafirmando o direito, realiza o reinado de Deus”; G. Maggiore, ob. cit., p. 657: A sanção “é o mal que se segue à inobservância de uma norma, o castigo que confirma a inviolabilidade e a santidade (*sanctio da sanctus*) da lei”. A expressão mais extrema do moralismo penal é fornecida pela variante inglesa do retribucionismo, que é constituída pelas teorias “expressivas” ou “denunciadoras” da pena (invocadas às notas 64 e 173): segundo James F. Stephen, o direito penal deve ser “uma luta contra as formas mais desmedidas de vício” (*Liberty*, cit., p. 162); e Lord Devlin afirmou, em tempos mais recentes, que a missão da lei penal consiste em “sancionar um princípio moral e nada mais” (*The enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1959, p. 9).

⁽⁷⁴⁾ Mario Jori distingue o “retribucionismo jurídico” do “retribucionismo moral” a partir do fato de que para o primeiro, diferentemente do que acontece com o segundo, “não é mais necessário que cada delito considerado isoladamente constitua uma culpa moral (*mala in se*), mas é certo que desobedecer ao direito constitui, geralmente, uma culpa moral e, por conseguinte, cometer delitos o é também (*mala prohibita*)” (*Introduzione a H. L. A. Hart, Responsabilità e pena*, cit., p. 15). As duas formas de retribucionismo integram, respectivamente, os dois tipos de confusão – opostas e simétricas – entre direito e moral que distingi nos parágrafos 16.2 e 16.3. Substancialismo ou moralismo jurídico próprio da retribuição ética e formalismo ou legalismo ético, próprio da retribuição jurídica convergem às vezes na legitimação apriorística do direito penal. Exemplar, a propósito, o seu compactuar, na já recordada alocação de Pio XII, que por um lado considera o direito como “fundamentado, em última instância, na ordem ontológica, em sua estabilidade e imutabilidade” e as normas jurídicas como ex-

pressão das “exigências da natureza... radicadas ontologicamente na natureza humana não plasmada pelo próprio homem” (ob. cit., p. 431), e por outro afirma que, para o direito penal, “trata-se, antes de mais nada, não de proteger os bens assegurados pelo direito, mas o direito em si. Nada é mais necessário à comunidade nacional e internacional do que o respeito à majestade do direito, como também a saudável idéia de que o direito é sagrado em si próprio e deve ser defendido, e de que, conseqüentemente, quem o ofende se expõe a castigos e efetivamente os sofre” (ibidem, p. 436).

⁽⁷⁵⁾ A expressão “talião espiritualizado” é de Giovan Battista Impallomeni: “O critério é o talião, não mais, em nossos dias, do olho por olho e dente por dente, mas, sim, um talião espiritualizado, pelo esforço de se equiparar o *mal jurídico* da pena ao *mal jurídico* do delito” (*Istituzioni*, cit., p. 54). A expressão “vingança espiritualizada” é de V. Lanza, *L’umanesimo nel diritto penale*, Reber, Palermo, 1906, p. 289. Antonio Buccellati, reportando-se a Heinrich Luden, havia falado de “vingança purificada” (*Sommi principi*, cit., p. 82).

⁽⁷⁶⁾ Recordem-se os passos de Platão e de Sêneca, citados nas notas 29 e 44. Cf. também, de Sêneca, *De clementia*, liv. III, cap. XXII, in *Operette morali*, cit., p. 328: “In vindicandis (injuriis) haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut eum quem punit, emendet; aut ut poena ejus ceteros meliores reddat; aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant”.

⁽⁷⁷⁾ *Etica Nicomachea*, cit., X, 9, 1179b, p. 403: “A maioria não é por natureza inclinada a obedecer por respeito, mas, sim, por medo, bem como não se abstém das coisas más pela sua torpeza, e sim pela punição”; “De forma genérica, parece que a paixão não obedece à razão, mas à força” (ibidem); “Com efeito, a maioria obedece mais à necessidade do que à razão, e o faz mais pelas punições do que pelo decoro” (ibidem, 1180, p. 310). Em *Retorica*, cit., I, X, 1369b, p. 51, Aristóteles contrapõe nitidamente a pena à vingança: “Existe diferença entre a vingança e a punição, pois a punição tem por escopo quem a sofre ao passo que a vingança, a satisfação de quem a efetua”. Com efeito “o vindicar-se é prazeroso... aqueles que a esta aderem sofrem tremendamente quando não se vingam, e regozijam-se com a esperança de poder vir a fazê-lo”; e “também o enfurecer-se é agradável, como disse também Homero acerca da impetuosidade, ‘esta é muito mais doce do que mel destilado’” (ibidem, XI, 1370b, p. 54-55).

⁽⁷⁸⁾ *Massime capitali*, XXXI, XXXIII e XXXVIII, in *Opere*, coord. por Isnard Parente, Utet, Torino, 1983, p. 212-213, em que se nega a existência de uma “justiça em si”, à margem “das relações sociais recíprocas”, e se estabelece a equivalência entre a justiça e “a utilidade que consiste em não provocar nem sofrer reciprocamente dano”. Epicuro evoca também a máxima platônica: “não é possível fazer com que não tenha acontecido o que aconteceu” (Sentença vaticane, *Opere*, cit., LV, p. 220).

⁽⁷⁹⁾ *De dignitate et augmentis scientiarum libri IX*, cit., liv. VIII, afor. 5, p. 805; ibidem, liv. VII, cap. III, p. 736-737: “Os prêmios e as penas... são as verdadeiras colunas do Estado, vez que os dois afetos dominantes da esperança e do temor servem sempre para condicionar e neutralizar todos os outros afetos nocivos”. O nexo entre governo ótimo e felicidade já havia sido instituído por Aristóteles, *Politica*, cit., IV, 13, 1332a, p. 370: “Um Estado será melhor governado sob a constituição que mais lhe garanta a felicidade”, ibidem, III, 10, 1281a, p. 152: “A finalidade do Estado é o viver bem”. Sobre tal nexo, e, de um modo geral, sobre o fundamento utilitarista do Estado de direito, tornarei no parágrafo 59.

⁽⁸⁰⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 3.

⁽⁸¹⁾ *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 6-9.

⁽⁸²⁾ *De cive*, cit., cap. III, par. 11, p. 118. Os mesmos princípios são expressados por Hobbes em *Leviatano*, cit., XV, p. 128: “Nas vinganças, ou seja, no pagar o mal com o mal, os homens têm como horizonte não a grandeza do mal pago, mas, sim, a grandeza do bem que está por vir. Portanto, não nos é permitido infligir uma punição com outra finalidade senão aquela de corrigir o ofensor ou, ainda, de ensinar a outrem. Com efeito, esta lei relaciona-se com a precedente que nos ordena perdoar quando existirem garantias para o futuro. Ademais, a vingança, feita sem a preocupação do exemplo e de um bem posterior, constitui mera glorificação ou triunfo na ofensa de um outro, sem qualquer outra finalidade, posto que seu fim deve ser sempre alguma coisa futura. E uma glorificação sem objetivo é vã e contrária à razão, e lesar sem razão tende a produzir a guerra, vez que contrária à natureza e comumente chamada de crueldade”. Em *Leviatano*, após a definição de “pena”, Hobbes acresce que “todo e qualquer dano imposto sem intenção ou possibilidade de predispor o delinqüente ou, mediante seu

exemplo, outros homens a obedecer as leis, não é um castigo, mas, sim, um ato de hostilidade, posto que sem um tal objetivo nenhum dano está contido dentro daquele” (ibidem, XXVIII, p. 256).

⁽⁸³⁾ J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 12, p. 247; Ainda, ibidem, par. 8, p. 244, e par. 11, p. 246. Do “temor da pena”, com o qual é “freada a audácia” do que pretende violar as leis, fala também Locke em sua *Lettera sulla tolleranza*, cit., p. 135. Cf. também La seconda lettera sulla tolleranza (1690), in *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 243, onde Locke, “para justificar o mal” no qual consiste “toda punição”, exige “que esse seja diretamente útil para realizar um bem maior”.

⁽⁸⁴⁾ S. Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo* (1673), Brandmulleri, Basileae, 1739, liv. II, cap. XIII, par. 7, p. 429, e par. 4, 2, p. 426. Ibidem, par. 6, p. 428: “Etsi autem in eo nihil videatur iniqui, ut malum patiat, qui male egit: in poenis tamen humanis, non simpliciter respiciendum est quodnam malum sit perpetratum; sed et quae utilitas ex poena possit provenire”. Pufendorf distingue três fins utilitários da pena: a) a “utilitas ejus qui peccavit, dum dolore poenae ipsius animus emendatur, et peccandi libido per eundem extinguitur”; b) a “utilitas ejus qui laesus fuit, ne tale quid in posterum ab eodem aut aliis patiat”; c) a “utilitas omnium, dum nempe id agitur, ut ne, qui uni nocuit, aliis deinceps noceat, vel ut exemplo terribi ceteri a similibus patrandis abstineant” (ibidem, par. VIII-X, p. 429-430). Cf. também S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), ex officina Knochio-eslingeriana, Frankfurt, 1759, liv. VIII, cap. III, par. 4 e 9.

⁽⁸⁵⁾ Ch. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae* (1688), reimpr. Scientia Verlag, Aalem, 1963, liv. III, cap. VII, par. 25, p. 413: “Illa vero poena, quae solum tendit ad expiationem propter delictum tantum, ad species poenarum divinarum pertinet, quia homo nunquam debet in puniendo spectare solum malum praeteritum, sed semper reflectere ad bonum aliquod futurum”; ibidem, par. 28, p. 413: “Ex his jam formamus definitionem poenae, quod sit positio mali seu dolor, quem propter delictum inferit superior inferiori invito, in emendationem communem civium”. A vingança, dirigida à mera expiação ou retribuição, é, em suma, reservada por Thomasius somente a Deus no mundo ultraterreno, ou entre sujeitos iguais no estado de natureza (ibidem, par. 32-39 e 48, p. 414-416), enquanto as penas humanas justificam-se somente pelos fins de utilidade social: “puni delinquentes, quantum ad utilitatem reipublicae opus est” (ibidem, par. 101, p. 424; cf. também os par. 40-43 e 53-55, p. 415-416). A separação entre direito penal e moral é expressada por Thomasius ainda mais nitidamente em *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705), reimpr. Scientia Verlag, Aalem, 1963, Caput proemiale, VIII-X, p. 6; liv. I, cap. V, par. 29, 32-39 e 58, p. 151-153 e 158. Sobre o pensamento penal de Thomasius, cf. M. A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè, Milano, 1976.

⁽⁸⁶⁾ “Il y des moyens pour empêcher les crimes: ce sont les peines” (*De l'esprit des lois*, cit., XIX, 14, p. 564).

⁽⁸⁷⁾ “A verdadeira jurisprudência consiste em impedir os delitos” (*Commentario*, cit., I, p. 608).

⁽⁸⁸⁾ “O fim das penas não é atormentar e afligir a um ente sensível, nem desfazer um delito. Os gritos de um infeliz acaso não invocam no tempo que não volta mais as ações já consumadas? O fim, portanto, não é outro que impedir o réu de causar novos danos aos cidadãos e de demover os demais de fazer aquilo que ele havia feito” (*Dei delitti e delle pene*, cit., XII, p. 31). Beccaria chama às penas, portanto, de “motivos sensíveis” e de “obstáculos políticos” contrapostos aos delitos (ibidem, I, p. 11, e VI, p. 20).

⁽⁸⁹⁾ “O objeto das penas não é a expiação do delito, cuja determinação é missão do Ser supremo, mas, sim, prevenir os delitos da mesma espécie” (W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (1767), liv. IV, cap. I, trad. it. em apêndice a C. Beccaria, ob. cit., p. 555).

⁽⁹⁰⁾ “Nem a vingança da ofensa feita à sociedade, nem a expiação do delito são os objetos das penas. A vingança é uma paixão, e as leis desta são isentas. E a justiça não é uma daquelas terríveis divindades, à qual os seus cruéis adoradores imolam vítimas humanas, para aplacar o seu pretenso furor. As leis, ainda quando castigam, têm em vista a sociedade e não os delinquentes. Move-as o interesse público, e não o ódio privado. Buscam um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado... o objeto, portanto, das leis, quando castigam os delitos, outro não pode ser senão o de impedir que o delinquentes provoque outros danos à sociedade, e de demover os demais de imitar seu exemplo, por meio da impressão que deve causar em seus ânimos” (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXVII, p. 504).

⁽⁹¹⁾ “Tendo, portanto, o legislador, em suas mãos, o direito de punir, opõe, à violência dos demais este potentíssimo obstáculo que as penas constituem: ao espírito dos cidadãos réus, que ao crime são

atraídos por falazes prazeres, propõe um motivo contrário que lhes chame à razão, qual seja o temor da pena, dique fortíssimo e potente obstáculo. De tal maneira, prevenindo os delitos, prestando seu auxílio no momento adequado ao cidadão oprimido ou vingando-o com o justo castigo dos réus, a liberdade civil protege e faz nascer a segurança e a tranqüilidade civis” (F. M. Pagano, *Saggi politici. Del civile corso delle nazioni o sia de’ principi, progressi e decadenza delle società* (1783), ensaio V, cap. XV, in *Opere filosofiche, politiche ed estetiche*, Tipografia e Libreria Elvetica, Capolago, 1837, p. 283).

⁽⁹²⁾ *Ricerche sull’ intelletto umano*, cit., liv. I, seq. VIII, p. 99, onde as “recompensas” e as “punições” nas quais “se fundam todas as leis” são concebidas como “motivos” que possuem “uma influência regular e uniforme sobre a mente, sendo que ambas estimulam as boas ações e previnem as más”. Hume formula uma noção de “justiça” exatamente oposta àquela expressa pelo rígido conceito kantiano *fiat justitia pereat mundus*, segundo o qual uma sociedade, antes de se dissolver, deveria justificar até o último assassino: “A utilidade e o fim desta virtude (a justiça) é buscar a felicidade e a segurança através da conservação da ordem na sociedade. Mas quando por uma extrema necessidade uma sociedade está a ponto de perecer, não se pode temer nenhum mal maior do que a violência e a injustiça” (ob. cit., II, seq. III, p. 186).

⁽⁹³⁾ Principes du code pénal, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., parte II, cap. I, p. 133: “o objeto principal das penas é prevenir a repetição de delitos análogos. O fato passado nada mais é do que um ponto, mas o futuro é infinito. O delito passado não diz respeito a mais do que um indivíduo, ao passo que delitos semelhantes podem afetar a todos. Na maioria dos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre é possível desencorajar a vontade de fazer outros, posto que por maior que seja o proveito do delito sempre poderá superá-lo o mal da pena”; idem, *Théorie des peines et de récompenses* (1811), in *Oeuvres*, cit., t. II, liv. I, cap. III, p. 10: “A prevenção geral é o objeto principal das penas, e também sua razão justificadora... A pena, meio por si só vil, que repugna a todos os sentimentos generosos, equipara-se aos altos serviços públicos quando é vista não como ato de ira ou de vingança contra um criminoso ou um desgraçado que cedeu a inclinações funestas, mas, sim, como um sacrifício indispensável para a segurança comum”.

⁽⁹⁴⁾ W. Von Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staat zu bestimmen* (1792), trad. it. coord. por G. Perticone, *Saggio sui limiti dell’attività dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 125: “As penas devem ser um mal que incute temor no delinquente”; ibidem, p. 128: “cada pena possui a exclusiva função de impedir infrações ao direito no futuro”.

⁽⁹⁵⁾ U. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, 1, 5-6, 18; T. Hobbes, *De cive*, cit., III, par. 11, 20-24; IV, par. 16 e 17; VI, par. 16; XIII, par. 15-16; idem, *Leviatano*, cit., cap. XV, XXVII e XXVIII; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 2, 3, 4, 7-9 e 14; idem, *De officio hominis et civis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 4, 11-14, 16-17; Ch. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, cit., liv. III, cap. VII, par. 25, 102-110, 118-128; idem, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., liv. I, cap. V, par. 16, 20, 21; cap. VI, par. 62, 71; cap. VII, par. 16-22, 33, 57; idem, *Problema juridicum: an haeresis sit crimen*, Halae, 1697, par. 9; Ch. Montesquieu, *Lettres persannes* (1754), in *Oeuvres complètes*, cit. vol I, XCV, CII; idem, *De l’esprit de lois*, cit., VI, XI e XII; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., III, VI, V, XVI, XVII, XXIX, XXX, XXXVIII; Voltaire, *Commentario*, cit.; *Prix de la justice*, cit.; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. I, IV, VI-X, XII-XV, XX, XXV, XXXVIII e XXXIX; F. M. Pagano, *Principi del codice penale. Opera postuma* (1806), *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, cit., t. I, p. 1-121; idem, *Considerazioni sul processo criminale*, cit.; J. Bentham, *Principes du Code Civil*, *Traité de législation civile et pénale*, cit., parte I, cap. XVII; idem, *Principes du code pénal*, ibidem, parte I, cap. I; parte III, cap. I, II; parte IV, cap. XXI, 2-5, 8, 13; idem, *Théorie des peines et récompenses*, cit., tomo I, parte I, liv. I; idem, *Traité des preuves judiciaires*, cit.; idem, *An introduction to the principles of morals and legislation* (1780), cap. XIV-XIX, *Works*, cit., vol. I, p. 81 e ss.; G. von Humboldt, *Saggio sui limiti dell’attività dello Stato*, cit., cap. XIII.

⁽⁹⁶⁾ “Cada governo estabelece suas leis de acordo com sua conveniência: a democracia institui leis democráticas; a tirania, leis tirânicas, e, assim sucessivamente. Uma vez estabelecidas, mostram aos súditos que o que é justo pare estes é o que convém aos governantes, e aquele que transgride tal imperativo é punido como transgressor das leis e violador da justiça. Eis aqui, meu bom amigo, em que consiste aquela justiça que eu digo ser sempre igual em todas as cidades: a que convém para o governo constituído. Este é aquele que possui a força, de modo que, para qualquer um que raciocine correta-

mente, o justo consiste sempre na mesma coisa, ou seja, naquilo que alegra ao mais forte” (Platão, *La Repubblica*, cit., I, 12, 338e-339a, p. 220-221).

⁽⁹⁷⁾ Série de fragments faisant partie d'un manuscrit sur les lois criminelles, *Inediti*, publicados por M. da Passano *Material per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, p. 418.

⁽⁹⁸⁾ C. Beccaria, ob. cit., p. 9; J. Bentham, An introduction, cit., cap. I, par. 4, *Works*, cit., vol. I, p. 2; idem, *A fragment on government* (1776) cit., cap. I, par. 48, p. 271. O mesmo princípio foi formulado por Helvetius, Hutcheson e Priestley.

⁽⁹⁹⁾ *De l'esprit de lois*, cit., XIX, 14, p. 565.

⁽¹⁰⁰⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., II, p. 12-13.

⁽¹⁰¹⁾ J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. I, p. 9: “O que justifica a pena é a sua maior utilidade, ou, melhor dizendo, a sua necessidade”; G. D. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 400, p. 176: “Toda pena deve ser *necessária* para ser justa”; ibidem, par. 405, p. 178: “Qual é a regra que justifica o uso das penas? Unicamente a *necessidade*”; G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., par. 49, p. 22: “Toda a teoria da *constituição* dos delitos e das penas baseia-se sobre a máxima fundamental de que a restrição da liberdade natural, que resulta do fato de serem erigidas à categoria de delitos certas ações bem como de serem-lhes cominadas respectivas penas, não deve ultrapassar os limites da *necessidade política*”.

⁽¹⁰²⁾ Art. 8 da Declaração de Direitos de 1789; art. 16 da Declaração de 1793; art. 12 da Constituição de 1795.

⁽¹⁰³⁾ Cf., neste sentido, A. Baratta, *Criminologia critica*, cit., p. 37-40, que identifica na “ideologia da defesa social” a base comum da Escola Clássica e da Escola Positiva. Esta coincidência em torno da idéia de defesa social (frente aos delitos), reconhecida por toda a tradição utilitarista, o é, também, pelo mais insigne expoente da Escola Positiva, segundo o qual as duas escolas diferem não quanto à finalidade da intervenção penal, por todos reconhecida na “utilidade social” ou na “necessidade política”, ou na função de “defesa”, mas, sim, somente pelo fato de que “Beccaria, Bentham, Romagnosi, Comte, Martin, Schulze, Thiercelin, Carmignani etc. incluíam sempre em seus sistemas, como critério e condição superior à idéia de necessidade social, a idéia de responsabilidade ou culpabilidade moral do homem, que nós, ao invés, excluimos por completo do domínio *jurídico e social*” (E. Ferri, *Sociologia criminale*, 4.^a ed., Fratelli Bocca, Torino, 1900, par. 48, p. 520-521). Esta diferença, contudo, se reflete sobre a diversa natureza e função conferidas à execução da pena, que, para a Escola Positiva, como se verá, consiste em um “tratamento” de duração indeterminada dirigido à transformação do condenado. O que é comum às duas orientações, é, portanto, a concepção da finalidade não tanto da “pena”, mas, sim, do “direito penal” em seu complexo.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf., por exemplo, S. Pufendorf, *De officio hominis et civis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 7, p. 429.

⁽¹⁰⁵⁾ *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. I, p. 23. Entre as fontes do pensamento clássico, recorde-se a passagem de Sêneca, citado na nota 76, que indica, juntamente com os fins de prevenção especial positiva, os de prevenção geral positiva e negativa.

⁽¹⁰⁶⁾ Mario Cattaneo atribui esta reviravolta ao criticismo kantiano, e em particular à obra de Grolman e de Feuerbach (*Fondamenti*, cit., p. 67, e *Il problema filosofico*, cit., p. 50).

⁽¹⁰⁷⁾ Vejam-se, por exemplo, os autores citados na nota 195.

⁽¹⁰⁸⁾ A primeira distinção (não entre doutrinas, mas) entre tipos de prevenção (todos parâmetros reconhecidos como fins da pena) remonta a Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. I, p. 23: “Ainsi la prévention des délits se dérive en deux branches: *prévention particulière*, qui s'applique au délinquant, et *prévention générale*, qui s'applique à tous les membres de la communauté sans exception”. L’“incapacitation physique”, la “reformation morale” e l’“intimidation” são, para Bentham as três maneiras por meio das quais se opera a “*prévention particulière*”. O “*exemple*” é o modo pelo qual atua a “*prévention générale*” (ibidem). A segunda distinção é mais recente, e consecutiva às teorizações, sobretudo destes autores, acerca da função de prevenção positiva consistente no geral reforço da fidelidade ao direito como fim primário da pena (*infra*, par. 22.1).

⁽¹⁰⁹⁾ A expressão é de Bentham, *Principes du code pénal*, cit., parte II, cap. I, p. 133.

⁽¹¹⁰⁾ O trecho de Kant sobre o qual se baseia a mais relevante desqualificação filosófico-moral do utilitarismo penal é o conhecidíssimo, e em parte já citado, dos *Principi metafisici della dottrina del*

diritto, cit., p. 520-521: “A punição judicial... não pode jamais ser decretada simplesmente como meio para alcançar um bem, seja em benefício do próprio delinqüente, seja em benefício da sociedade civil, devendo-lhe apenas ser aplicada por ter aquele cometido um delito. Isto porque o homem não deve jamais ser tratado como puro meio a serviço dos fins de um outro e, assim, ser confundido com os objetos do direito real, contra o que é garantido pela sua personalidade inata, enquanto possa ser condenado a perder sua personalidade civil. Deve ser julgado *digno de castigo* antes mesmo que se possa pensar em extrair desta punição qualquer utilidade para ele próprio ou para os seus concidadãos. A *lei penal* é um imperativo categórico, e coitado daquele que se insinua nas manifestações tortuosas da doutrina da felicidade para descobrir-lhe qualquer vantagem, a esperança de que se dissipe aos seus olhos a idéia da punição ou lha atenuie ainda que de um mínimo...!”. A máxima kantiana segundo a qual cada homem deve ser tratado como fim e jamais como “puro meio” ou como “objeto do direito real” recorda aquela de C. Beccaria, ob. cit., XX, p. 50: “Não existirá liberdade sempre que as leis permitam que em alguns eventos o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*”.

⁽¹¹¹⁾ *Sorvegliare e punire*, cit., p. 147 e ss. As práticas segregacionistas e correccionistas – colocadas em prática desde o século XVI com a instituição, com fins de ordem pública mais que propriamente penais, das casas de trabalho e de correção (cf. *infra* a nota 119 e o parágrafo 29.3) – precedem, de outra parte, o desenvolvimento de um autêntico pensamento penal correccionalista.

⁽¹¹²⁾ *Platão*, *Il gorgia*, 478d, *Dialoghi*, coord. de E. Turolla, Rizzoli, Milano, 1953, vol. I, p. 668: “A pena justa modera os homens, tornando-os mais justos, e acaba por tornar-se uma medicina da alma”; *ibidem*, 472e, p. 659: “O culpado e o injusto é um infeliz em todos os casos. Mais infelizes se, violando a lei da justiça, não expiam a culpa e não encontram uma pena; menos infelizes se expiam a culpa e vêm a ser punidos por obra dos Deuses e dos homens”; *ibidem*, 477a, p. 665: “É um bem, é uma coisa boa, sofrer a justa punição pelos próprios maus atos... Recebe-se satisfação... Talvez não se torne melhor em alma o culpado exatamente porque vem a ser punido? Logo, quem recebe uma punição se libera da maldade que em sua alma se aninha”; *ibidem*, 479e, p. 670: “Caso algum de nós, ou mesmo alguém que nos é caro, cometa uma injustiça, a coisa mais importante é ir, de vontade própria, com o mesmo espírito que se vai ao médico, aonde possamos obter uma experiência de justa punição, ou seja, ao juiz. É procurar ir o mais rápido possível, evitando assim que o mal da injustiça, permanecendo por muito tempo, não torne nossa alma totalmente estragada e não mais suscetível de remédio”.

⁽¹¹³⁾ *Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio CVIII, art. 3: “omnes peccantes mortales digni sunt morte aeterna... secundum veritatem divini iudicii. Sed poenae praesentis vitae sunt magis medicinales”; *ibidem*, Ia, IIae, quaestio XCII, art. 2: “Lex etiam puniendo perducit ad hoc quod homines sint boni”. No mais, para S. Tomás o direito em geral está orientado “ut faciat homines bonos” (*ibidem*, art. 1). A tese faz eco a Aristóteles, *Etica Nicomachea*, cit., X, 9, 1180b, p. 312: “Quem quiser tornar muitas ou poucas pessoas melhores através de sua cura, deverá procurar tornar-se legislador, se é através das leis que podemos nos tornar bons”.

⁽¹¹⁴⁾ Paulo, *18 ad plautium*, D. 48.19.20: “poena constituitur in emendationem hominum”.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. C. Calisse, ob. cit., p. 430 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ *De optima reipublicae statu deque nova insula Utopia* (1516), org. de L. Firpo, *Utopia*, Utet, Torino, 1971, liv. I, p. 103, onde para os ladrões é recomendada a pena dos trabalhos forçados, que os tornam bons por força, assim como para o resto da sua existência ressarcem o dano causado no passado. Na “ótima República” imaginada por Thomas More os condenados trazem todos as suas vestes de uma única cor, reservada somente a eles, e os cabelos longos, somente cortados um pouco sobre as orelhas, uma das quais é decepada só um pedaço em cima. Os amigos podem oferecer-lhes o que comer e beber, e roupas da cor prescrita; uma doação de dinheiro entretanto provoca a condenação à morte de quem o dá e de quem o recebe... Cada região marca os seus com um sinal especial, e incorre em pena de morte quem dele se livra, ou é surpreendido fora dos confins assinalados. Planejar fuga é tão perigoso como tentá-la; quem está a par do plano é morto, é escravizado, e reduzido à escravidão se homem livre... De outra parte, como pode passar inobservado, para fugir escondido, um homem vestido de modo diverso de toda a gente, a menos que não vá nu? Mas também se quisesse escapar desse modo seria a orelha a traí-lo” (*ibidem*, p. 102-103).

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 103: “A ninguém é negada a esperança de poder recuperar um dia a liberdade, desde que supor, obedeça e dê de si mesmo boas expectativas de um honesto comportamento no futuro”.

⁽¹¹⁸⁾ Ibidem, liv. II, p. 168: “Quase todas as graves culpas são punidas com servidão, o que não menos desagrada aos celerados e que é mais cômodo à República que matar, porque mais vantajosa a fadiga do trabalho que a morte, e com o exemplo contínuo convencem os outros a afastar-se de semelhantes culpas. Se em tal estado são perversos e desobedientes, então como bestas indomáveis os matam; os pacientes não estão fora de esperança que, tolerando os reveses e as fadigas, e mostrando que expiam o pecado com a penitência, não sejam liberados, ou mitigada a servidão por autoridade do príncipe ou sufrágio do povo. Estranhamente, Thomas More, ao lado do retributivista Campanella (de quem se recordam as passagens citadas na nota 48), é considerado por alguns negador do direito de castigar: cf. nesse sentido F. Costa, *Delitto e pena*, cit., p. 92; G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., I, p. 677; S. Borghese, *La filosofia della pena*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 84.

⁽¹¹⁹⁾ T. More, ob. cit., liv. I, p. 104: “Parece-me adequado que se poderia tratar desse modo sem ofensa também aos vagabundos, os quais até agora não se conseguiu eliminar embora as numerosas leis emanadas para extirpá-los”. A sugestão seria posta em ação com a fundação em Londres, em 1555, da primeira casa de trabalho – o *Bridewell Royal Hospital*, destinado a livrar a cidade dos mendigos e dos ociosos – e depois com um ato de 1576, que estendeu a nova instituição a todos os condados. Análogas casas nasceram nas décadas sucessivas em Amsterdã, Bremen, Lubeck, Hamburgo, Gdansk, Berna, Basiléia e Friburgo. Sobre o nascimento do cárcere veja-se o parágrafo 29.3.

⁽¹²⁰⁾ G. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno* (1720), trad. it. de C. Sarchi (1866), agora em *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Sansoni, Firenze, 1974, liv. I, cap. LXXVIII, p. 82: “quem peca, cai por ignorância: assim ensina Sócrates, o qual igualmente pretende que de algum modo tenha a ciência que ser contemplada como uma virtude”; ob. cit., cap. LXIX, p. 84: “Com extremo acerto se dá o nome de pena àquele gênero de castigo, derivando-o da *poenitendo*, ou seja, da consciência do maldoso operar, a qual outra coisa não é senão a vergonha de haver desconsiderado o verdadeiro, porque a desconsideração do verdadeiro traz conjuntamente um caráter de desonestidade”.

⁽¹²¹⁾ Ibidem: “E para aqueles que pecam por erro é bastante pena o reconhecimento da verdade por eles desconhecida, e é seu castigo a vergonha de haver errado. Aqueles que pecam deliberadamente, conservando toda vez um respeito qualquer pela eterna razão, os quais são chamados por Aristóteles incontroláveis e cujas culpas são ditas sanáveis por Platão, são castigados com mais agudas pontadas da consciência. Mas enquanto aqueles que, por maldoso costume ou mau gênio, pecando não detêm nenhum senso de vergonha em relação à razão eterna (os quais são chamados “destemperados” por Aristóteles, e cujas culpas são chamadas de “insanáveis” por Platão), é seu gravíssimo castigo a entorpecida e estúpida consciência, ou a quase total extinção de todo sentido humano. Os filósofos excluem esses homens perdidíssimos do gênero humano e da sociedade humana, enquadrando-os entre os brutos, e por isso pode-se dizer com agudez que é seu castigo encontrarem-se renegados fora da humanidade... Na sociedade do justo são as penas adequadas a cada delinqüente. Existe para o ignorante a confissão ingênua do pecado, e a vergonha, fonte de toda purificação. Os maliciosos, para que deles se possa esperar uma melhora, necessitam de penas aptas a corrigi-los; mas quando são de todo perdidos, sobre eles cairá uma pena severa, a qual possa servir aos outros de exemplo, a fim de que mesmo continuando aqueles homens maus na vida, não piorem cada vez mais; é esse o único benefício que podem compartilhar com a sociedade civil, servindo igualmente de exemplo a apartar os outros das ações similares. Ao lado dessa doutrina da prevenção especial e da diferenciação das penas, Vico formula porém também uma noção de pena tipicamente retributiva. Depois de haver definido a justiça em geral como vontade de atribuir a cada um o quanto lhe corresponde” (ibidem, liv. I, cap. LVIII, p. 71), ele afirma, a propósito da justiça penal: “quando um homem diz que ‘são devidas as penas’, refere-se ao suposto débito a um ‘seu’ usado em modo mais amplo e extensivo e em um sentido genérico, reputando por parte ofendida a sociedade civil, à qual compete o devido ressarcimento. Por isso o poder civil pode justamente, tal qual jurídica repetição, exigir os castigos devidos” (ibidem, liv. I, cap. LXIII, p. 78).

⁽¹²²⁾ Cf. T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XV, p. 125; idem, *De cive*, cit., III, 11, p. 118; U. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 6-9; S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 7-8, p. 429; Ch. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, cit., liv. III, cap. VII, par. 51-55, p. 416, de onde se recolhe a expressão platônica “poena medicinalis”; J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. III, p. 10. Uma recusa firme do correccionalismo penal seria expressa só sucessivamente por Anselm Feuerbach, John Stuart Mill e Francesco Carrara.

⁽¹²³⁾ *Contra gentiles*, III, cap. 46. Cf. também S. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, cit., Ia, IIae, quaestio LXXXVII, art. 8, de onde se repete que as penas “sunt quaedam medicinae ordinatae ad salutem animae”, o que não exclui nos casos extremos a pena de morte: “illis solis peccatis poena mortis infligitur quae in gravem perniciem aliorum cedunt” (ibidem, IIa, IIae, quaestio CVIII, art. 3; cf. também as passagens reportadas nas notas 95 do capítulo 7 e 167 do capítulo 8). A eliminação dos delinquentes incuráveis ou insanáveis ou incorrigíveis foi antes sustentada por Platão, *Le leggi*, cit., liv. V, 735e, p. 197; liv. IX, 854e, p. 358-359 e 862e, p. 372; idem, *Il politico*, *Dialoghi politici*, cit., 308e-309a, p. 919; e por Aristóteles, *Etica Nicomachea*, cit., X, 9, 1180a, p. 310; idem, *Grande etica*, *Opere*, 8, Laterza, Roma-Bari 1983, II, 6, 1203b-1204a, p. 61-62.

⁽¹²⁴⁾ Sobre o tema veja-se P. Ricoeur, ob. cit., p. 328-351.

⁽¹²⁵⁾ A função pedagógica e penitencial da confissão do acusado era um traço do processo inquisitório canônico. Ela remonta à tradição bíblica: “Quando um homem ou uma mulher tenha feito mal a qualquer um, cometendo uma infidelidade em relação ao Eterno, e essa pessoa reconhecer-se assim culpada, ela confessará o pecado” (*Números* 5, 6-7; cf. também *Levítico*, 16, 21, *Neemias*, 9, 2 e, sobre a angústia produzida pelo remorso, *Gênesis*, 42, 21). Mais em geral a função liberatória da confissão dos pecados é usada por quase todas as religiões, inclusive aquelas primitivas (cf. R. Pettazzoni, *La confessione dei peccati. I. Primitivi, America antica, Giappone, Cina, Brahmanesimo, Giainismo, Buddismo*, Zanichelli, Bologna, 1929; P. Ricoeur, ob. cit., p. 289-298, 335-337 e 386-387). Em matéria penal a idéia está presente, além de Vico, em T. Campanella, *La città del sole*, cit., p. 1.103-1.104: “As falhas de fragilidade e de ignorância se punem só com vitupérios, e fazendo-o aprender a conter-se, e aquela arte na qual pecou, ou outra, e se tratam de modo que um parece membro do outro. Aqui cabe saber que se um pecador, sem esperar acusação, vai por si mesmo aos oficiais acusando-se e reclamando emenda, o liberam da pena do pecado oculto e a comutam enquanto não tenha sido acusado... Todos os oficiais são sacerdotes, falando dos chefes, e sua função é purgar as consciências. De sorte que todos se confessam àqueles, e esses aprendem que espécies de pecados reinam. A idéia da confissão “pro medicina animae ad medicos animarum virtuosos” é amplamente desenvolvida por Campanella na *Theologia (Inediti theologicorum*, Edizioni Rinascimento, Roma, 1966, liv. XXIV, cap. XIV, parte III, art. 1, p. 96-100).

⁽¹²⁶⁾ K. D. A. Roeder, Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda, *Rivista Penale*, 1875, p. 274 e ss., partindo do pressuposto de que o culpado é um imaturo que o Estado tem o dever de reeducar até “enquanto lhe reste também a mínima dúvida que lhe suscita ainda a necessidade”, contrasta “a infeliz idéia de que a pena deva ser por sua natureza um mal” e propõe que se a conceba como “um bem mediante o qual se oferecem ao culpado os meios externos para a transformação fundamental da sua opinião contrária ao delito”. Da mesma ordem de idéias são V. Garelli, *Della pena e dell'emenda*, Barbera, Firenze, 1869, p. 50-52, que define a pena-emenda como um ato próprio de liberdade, mediante o qual essa, abdicando de seu passado, do qual se ruboriza e tem vergonha, volta-se a si mesma e todas as outras potências, sobre as quais impera por uma outra via que as assinaladas pela razão como a única verdadeira, a única que responde à dignidade do homem; F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, cit., par. 138, p. 631-632, que sustenta que a pena deve ser “ocasião” de “arrependimento” do réu; V. Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, cit.; e idem, *Diritto penale italiano. Principi generali*, Utet, Torino, 1908, p. 43-46, que concebe a aplicação da pena como um verdadeiro magistério de educação e moralização mediante o qual se atua um fraterno intento de reeducação e de regeneração e uma reorganização moral da vida de relações; F. Carnelutti, La lotta del diritto contro il male, *Il Foro Italiano*, 1946, IV, p. 1 e ss. e idem, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1949, vol. I, p. 9 e ss., segundo o qual a pena tem a função de promover o arrependimento do réu, do qual apenas resulta anulado o crime, de maneira que deveria durar até o seu cumprimento e cessar com este; B. Franchi, Il cristianesimo e le pene carcerarie, *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1934, p. 1.624 e ss. Sustentadores do “valor pedagógico de todo o direito” e especialmente da pena, “produtora de bem” se finalizada para a emenda, é finalmente A. Pigliaru, Saggio sul valore morale della pena, *Meditazioni sul regime penitenziario italiano*, Gallizzi, Sassari, 1959.

⁽¹²⁷⁾ “A emenda da qual fala o idealista é bem outra: é o processo com o qual o homem desenvolve e melhora a si mesmo desenvolvendo toda a realidade... Punir significa para o homem castigar-se, vale dizer corrigir-se corrigindo em si o mundo” (U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 216); ibidem, 215: “este sentido de unidade ética da vida é o fundamento de uma verdadeira solução do

problema do direito penal. A pena é aquela que a sociedade, o homem inflige a si mesmo para tornar-se mais homem, é a emenda necessária para sua redenção, é obra de essencial auto-educação. Quando o juiz julga e pune, não se volta propriamente ao outro, mais a si mesmo, e julga e pune a si mesmo enquanto humanidade. Para que se possa falar verdadeiramente de pena, o juiz não deve ser estranho ao delinqüente, nem este àquele: é o homem que em si mesmo peca e se redime; *ibidem*, p. 18-19: “o fim da pena não poderá ser senão um fim educativo. Defender o direito quer dizer defendê-lo lá onde somente pode realizar-se, ou seja, na consciência humana: punir significa instaurar na consciência do réu um nível espiritual superior, torná-lo consciente de seu erro, fazê-lo reconhecer a superioridade do direito por ele violado. Punir significa redimir”.

⁽¹²⁸⁾ Fichte fundamenta sua doutrina da emenda sobre bases contratualistas. Quem infringe o pacto social deve ser expulso ou submeter-se ao pacto da expiação, assim formulado: “cada um promete a todos que, por tudo o que seja conciliável com a segurança comum, os crimes serão, ao invés que com a expulsão, expiados de outro modo”; somente depois da “melhora” produzida pela pena o réu pode retornar ao Estado (*Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Gabler, Jena und Leipzig, 1796, par. 8, p. 95 e ss.). Também Henke liga a pena ao “arrependimento”, relacionando a isso a duração: o crime é na verdade “destruído” somente quando a pena produz o arrependimento, antes do qual nem a culpa é expiada nem a pena é cumprida (*Streit der Strafrechtstheorien*, Montag, Regensburg, 1811, p. 70 e ss.).

⁽¹²⁹⁾ *Infra*, nota 155. Sobre o nexo entre correccionalismo judaico-cristão e retribuição, cf. P. Ricœur, *ob. cit.*, p. 328-351.

⁽¹³⁰⁾ *Sociologia criminale*, cit., p. 526-527: “O estudo daquela evolução natural, em virtude da qual do fato embrionário de uma reação de irritabilidade e sensibilidade animal se chega àquele complexo alto e delicadíssimo dos costumes, das intuições, das leis onde se constitui o moderno ministério punitivo, nos leva a esta conclusão mais geral quanto ao problema da humana responsabilidade: que a única razão natural e o critério fundamental da repressão dos delitos estão na necessidade imprescindível da própria conservação, que pressiona e domina absoluta os organismos sociais como já os organismos animais, e que por isso (eis a inovação profunda da Escola Positiva, além da Escola Clássica e do sentimento comum) esta função preservativa do delito, no indivíduo e na sociedade, é e deve ser independente de cada elemento de culpa moral no delinqüente, isto é, no indivíduo anormal ou enfermo”.

⁽¹³¹⁾ *Criminologia*, Fratelli Bocca, Torino, 1885, p. 223: “Se o louco comete aquela ação que entre os homens são se chama delito, também os nossos contraditores verão com prazer que se adotem cautelas para lhes impedir a repetição, e muito provavelmente questionarão a reclusão do doente em manicômio. E se tal enfermidade não é curável, tal reclusão será ou ao menos deveria ser perpétua. Mas que outras coisas são essas cautelas senão providências análogas àquelas que se adotam contra os malfetores sãos de mente?”.

⁽¹³²⁾ “Fundamento do direito de punir é a defesa social. A sociedade é um organismo no sentido científico e não exagerado e artificial da palavra; como tal deve viver e conservar-se; cada lesão, então, deve ser rechaçada e até mesmo, quando possível, prevenida” (E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., p. 22-23); e como a obrigação do direito penal “é unicamente aquela de defender e de acautelar a convivência social contra os indivíduos que a ela causam ofensa e assim também algumas vezes somente a põem em perigo, posto que a circunstância que o delito seja ou não o produto de uma vontade livre e por eleição própria má e anti-social, permanece coisa estranha ao exercício do ministério penal; dado que afinal os estudos modernos têm pelo menos levantado a dúvida que muitos delinqüentes não sejam aqueles indivíduos psiquicamente anormais, evidentemente disso resulta que a pena... é somente medida de providência de segurança, a ser adotada tendo em vista a natureza do crime e a índole do delinqüente” (*ibidem*, p. 112).

⁽¹³³⁾ La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo, *Scuola positiva*, 1920, p. 390: “fim premente e essencial da sanção criminal é unicamente a defesa social”, *idem*, *Diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1952, reimpr., vol. I, p. 125: “a eficácia intimidadora da pena é por certo muito menor do que comumente se pensa... O delinqüente é uma pessoa psiquicamente defeituosa, e portanto nele o jogo do choque e do contrachoque dos motivos da ação voluntária se desenvolve de modo anormal, principalmente pela força motivadora do impulso criminoso que anula os poderes de resistência. É claro, com essas premissas deterministas, que a função da pena não pode ser a in-

timidação, que pressupõe a liberdade de querer, mas somente a neutralização e/ou a correção de quem é naturalmente predisposto ao delito, ou é perigoso.

⁽¹²⁴⁾ Sobre a “expansão científica e prática do novo endereço” em todo o mundo, através de inúmeras publicações, revistas, congressos internacionais, exposições fotográficas, novas cátedras de antropologia criminal, associações e museus criminológicos, e sobre sua influência na legislação de prevenção, nas reformas carcerárias, nos mais variados projetos de códigos e nas orientações jurisprudenciais, veja-se o mesmo E. Ferri, ob. cit., p. 36-61.

⁽¹²⁵⁾ Partindo da tese de que o direito penal serve só para impedir que se repita o crime e que de outra parte é cientificamente impossível distinguir entre atos culpáveis e atos não culpáveis, Barbara Wootton propôs a substituição do sistema penal tradicional, baseado na imputabilidade e na culpa, por um sistema terapêutico e preventivo fundado na responsabilidade objetiva, de onde as motivações do crime tenham relevância somente aos fins da escolha dos métodos mais apropriados de tratamento penal: “Nem a ciência médica nem nenhuma outra ciência pode jamais esperar provar, quando um homem não resiste aos seus impulsos, se o fez porque não pode ou porque não quis... Posto que é impossível colocar-se na pele de um outro homem, não existe nenhum critério objetivo para distinguir entre um impulso irresistível e um impulso a que não se resistiu” (B. Wootton, *Crime and the criminal law*, Stevens and Sons, London, 1963, p. 74); “Se a lei diz que certas coisas não devem ser feitas, é ilógico limitar essa proibição aos casos em que foram feitas com dolo; porque ao menos as consequências materiais de um ato e as razões de proibi-lo são as mesmas, seja o resultado de uma premeditação, seja de uma negligência ou de um acaso. Um homem é igualmente morto e os seus parentes são igualmente atingidos se foi esfaqueado ou se foi atropelado por um motorista bêbado ou incompetente... Em um estágio ulterior, isto é, depois daquilo que nós agora conhecemos como condenação, a presença ou a falta de uma intenção culpável é importantíssima para o efeito que terá sobre as medidas apropriadas a tomar para prevenir a repetição do ato proibido... Os resultados dos atos do imprudente, de quem cometeu um erro, do maldoso e do simples desafortunado podem ser impossíveis de distinguir um do outro. Porém cada um desses casos merece um tratamento diverso” (ibidem, p. 51-52).

⁽¹²⁶⁾ E. Pasukanis, *Teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 235: “Transformar a pena da retribuição em medida conforme o fim da defesa da sociedade e da emenda de uma pessoa socialmente perigosa significa resolver um grande problema organizativo que não só tem raízes fora da atividade meramente judiciária, mas que – se resolvido – torna supérfluo o processo e a sentença judiciária já que a correção mediante o trabalho deixa de ser uma simples consequência jurídica da sentença que identifica um tipo delituoso, tornando-se uma função social autônoma de caráter médico-pedagógico”. Cf. também P. I. Stucka, *Izbrannye proizvedenija po marxistko-leninskoj teorii prava* (1964), trad. it. de U. Cerroni, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello stato e altri scritti*, Einaudi, Torino, 1967, p. 163-164, 261-263 e 481. Sobre correção penal soviética cf., por último, S. De Sanctis, Il lavoro obbligatorio senza privazione della libertà come misura alternativa alla detenzione nel quadro del sistema punitivo dei paesi socialisti, *Critica del diritto*, 1986, p. 25-74, e a bibliografia aí citada.

⁽¹²⁷⁾ E. Ferri, ob. cit., p. 864-918.

⁽¹²⁸⁾ Ibidem, p. 826-864. Ainda mais analítico e articulado é o sistema de medidas penais projetado por Garofalo para as diversas categorias de delinquentes (*Criminologia*, cit., p. 87-136 e 420-480). A doutrina de Garofalo é, por isso, fundamentalmente, uma doutrina da prevenção especial negativa: depois de haver teorizado a “universalidade do princípio de eliminação” (ibidem, p. 61), Garofalo identifica de fato o verdadeiro fim da pena com “a eliminação do ambiente do indivíduo a ele não adaptado” (ibidem, p. 63) e acrescenta à tese da “eliminação como única pena racional” (ibidem, p. 206): “É um princípio biológico que o indivíduo desapareça quando as suas imperfeições o impedem de suportar a ação do ambiente. A diferença entre a ordem biológica e a ordem moral é que a seleção na primeira tem lugar espontaneamente com a morte dos indivíduos inadaptados, enquanto no segundo caso o indivíduo, sendo fisicamente apto à vida, e não podendo viver fora do ambiente social ao qual não está adaptado, a seleção deve ter lugar artificialmente, isto é, por obra do poder social que faça aquilo que na ordem biológica é feito pela natureza. O objetivo da eliminação é a conservação do organismo social, com a extirpação dos membros desadaptados (*ne peccetur*)” (ibidem, p. 67).

⁽¹²⁹⁾ “Cada ser vivo luta pela própria existência: e portanto cada ato que ofenda nele as condições naturais da existência, individual ou social, determina de sua parte uma reação direta ou indiretamente

defensiva... Este fato primitivo da reação defensiva aos ataques externos assume, desde os primórdios da vida animal, uma dúplici ordem de manifestação, individual e social. E é somente em virtude da grande prevalência da forma individual de reação defensiva, nos animais e nas raças humanas primitivas, e pela prevalência ao invés da forma social nas raças humanas superiores, que eu mesmo outra vez tracei a evolução natural do magistério punitivo, como a de uma função que de individual, primeiramente, torna-se depois eminentemente social" (E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 506-507; mas veja-se também toda a longa digressão sobre defesa no mundo vegetal, animal e primitivo, ibidem, p. 466-504). Contra essa construção, escrevia ironicamente L. Lucchini, *I semplicità del diritto penale*, Utet, Torino, 1886, cap. I: "Os sociólogos modernos, que vão buscar as fontes das leis sociais entre as bestas, e também entre as plantas (o que faz esperar que se elevarão mais agora), atestam que o delito, o furto, o homicídio, o estupro, creio também que a difamação, a falsificação de moeda, as fraudes eleitorais etc. são encontrados nos costumes dos animais inferiores; e todavia as respectivas raças e espécies não sofrem de tais coisas, a par que a reprimir os delitos animalescos não concorrem leis e sanções penais".

⁽¹⁴⁰⁾ E. Ferri, ob. cit., p. 535 e ss.; idem, *Socialismo e criminalità*, Fratelli Bocca, Torino, 1883, p. 175; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 30 e 78 e ss.; C. Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia*, Fratelli Bocca, Torino, 1885. Contra a tese de Ferri de que em concreto "defesa jurídica equivale perfeitamente a defesa social, porque sociedade e direito são dois termos correlativos e conversíveis" (*Sociologia criminale*, cit., p. 537), assim protestava o jovem Manzini: "Então, parece a Ferri e aos seus discípulos que se tenha defendido o direito em Roma e na Grécia com a saúde pública; em toda parte, com a razão de Estado, com a Santa Aliança, com a Sacra Inquisição? Não? E no entanto se defendia a sociedade". Parece aos nossos adversários que se defendia verdadeiramente o direito quando se dizia defender a sociedade, punindo, como narra Jousse, os filhos inocentes do réu de *crimen laesae* "afin d'imprimer une plus grande horreur de ce crime, et que les pères soient encore plus détournés par là de l'envie de le commettre"? Em nome da saúde pública, o decreto 10-12 de março de 1803 autorizava um tribunal extraordinário a punir os delinquentes políticos também pelos delitos não previstos pelas leis; e precisamente em nome daquele princípio a lei 22 do nono mês do calendário republicano francês do ano II condenava à morte os que favoreciam os mesmos delinquentes políticos. Sempre pela defesa social o Código francês de 1810 contempla o crime de 'non révélation de complot'. Tratava-se dos tempos e das circunstâncias excepcionais então? Pois bem, consultem-se os atuais anais do militarismo francês e também um pouco daqueles da política de outros países... e depois diga-se quantas infâmias não foram cometidas e não se têm cometido sobre o oblíquo estandarte da defesa social e dos seus equivalentes" (*Diritto penale*, cit., p. 78).

⁽¹⁴¹⁾ E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 526; R. Garofalo, ob. cit., p. 249: "O meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do réu, isto é, pelo exame das condições de existência nas quais se pode presumir que ele cesse de ser temível"; E. Pasukanis, ob. cit., p. 237: "A pena pressupõe um tipo legal delituoso exatamente definido. A medida de defesa social, ao contrário, não tem necessidade disso... Ela é um puro expediente de conformação a um fim e como tal pode ser disciplinada pelas regras técnicas. Essas regras podem ser mais ou menos complexas desde que o seu fim seja a mecânica eliminação de um membro perigoso da sociedade ou a sua correção".

⁽¹⁴²⁾ O fim da pena, diz Grolman, é dissuadir o réu de cometer novos delitos, e esse fim não se confunde com aquele da intimidação também de quem não os cometeu, que é ao invés o fim da lei penal (K. Grolman, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze* (1798), reimpr., Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus 1970, par. 108-110, p. 50-51). A consequência extraída por Grolman é que a pena, como é meio de intimidação de cada réu, é estabelecida caso a caso, e que aos juízes deixam-se então amplas margens de arbítrio (*Willkühr*) ou se quisermos de discricionariedade (*Ermessen*) (ibidem, par. 132-133, p. 60-61). Sobre o pensamento de Grolman, cf. M. A. Cattaneo, *La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., p. 261-347. Entre os precursores da doutrina da prevenção especial de Grolman, Cattaneo indica Malblanc, Schaumann, Wieland, Kleinschrod, Tittmann, Almendingen e sobretudo Stübel (ibidem, p. 271-272). Mas recorde-se também o nosso Vico (*supra*, notas 120 e 121).

⁽¹⁴³⁾ *Grundsätze*, cit., par. 105-106, p. 49-50.

⁽¹⁴⁴⁾ *La teoria dello scopo nel diritto penale* (conhecida com o nome de "Programma de Marburgo"), cit., p. 52: "ressocialização, intimidação, neutralização: esses são os imediatos efeitos da pena, as

íntimas forças que nela vivem e através das quais atua a tutela dos bens jurídicos”: “1) *Ressocialização* dos delinquentes que de ressocialização tenham necessidade; 2) *Intimidação* dos delinquentes que não tenham necessidade de ressocialização; 3) *Neutralização* dos delinquentes que de ressocialização não sejam suscetíveis” (ibidem, p. 53). A distinção é encontrada em F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Guttentag, Berlin, 1899, par. 13, p. 59-63, onde aos delinquentes “adaptáveis” é reservada a intimidação-emenda, enquanto os “inadaptáveis” são destinados a procedimentos de seleção natural visando a encontrar a inocuidade coativa (*Unschädlichmachung*). A idéia de “individualização” da pena em sede judiciária, tanto quanto de sua harmonização “no caso concreto” com “as exigências do sentimento público”, também contra a rigidez do princípio *nulla poena sine lege*, era já formulada alguns anos antes pelo mestre de Liszt, R. Von Jhering, *Der Zweck im Recht* (1877), trad. it. de M. G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino, 1972, p. 302-306.

⁽¹⁴⁵⁾ *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 52.

⁽¹⁴⁶⁾ Ibidem, p. 64 e 46. Os três tipos de fins fundam de fato três tipos de pena correspondentes a “três diferentes categorias de delinquentes”: a neutralização dos *irrecuperáveis*, a correção dos que *precisam de ressocialização*, a intimidação dos *delinquentes ocasionais* (ibidem, p. 53-60).

⁽¹⁴⁷⁾ Ibidem, p. 64, 46.

⁽¹⁴⁸⁾ “A dupla tese *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* é o baluarte do cidadão contra a onipotência estatal, contra o cego poder da maioria, contra o *Leviatã*. Há anos defini o direito penal como “o poder punitivo do Estado juridicamente limitado” (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von dr. Franz von Liszt* (1905), De Gruyter, Berlin, 1970, vol. II, p. 80).

⁽¹⁴⁹⁾ *La teoria dello scopo*, cit., p. 54.

⁽¹⁵⁰⁾ Ibidem, p. 56-57.

⁽¹⁵¹⁾ Em *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, Bruxelles, 1910, Prins desenvolve a doutrina lisztiana dos pressupostos e do fim da pena acentuando o caráter subjetivista dos primeiros – não mais “este crime” ou “ação concreta”, expressão do autor, mas imediatamente o seu “*état dangereux*” (p. 70 e ss.) – e explicitando a função de defesa social do projeto de individualização e diferenciação das medidas penais. Sobre a obra de Prins, veja-se P. Cornil, Adolphe Prins et la défense sociale, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1951, p. 177 e ss.; F. Cavalla, *La pena come problema*, Cedam, Padova, 1979, p. 107-121. De orientação eclética é a doutrina de Saleilles: “A pena deve ser fundada na idéia de liberdade e de responsabilidade, princípio da Escola Clássica, mas aplicada sobretudo tendo em vista a psicologia do indivíduo, princípio da Escola Positiva” (*L’individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Alcan, Paris, 1898, p. 152).

⁽¹⁵²⁾ Para uma reconstrução histórica do correccionalismo americano, cf. D. Fogel, “*We are the living proof the Justice model for corrections*”, cit.; D. Lipton, A. Martison, J. Wilks, *The effectiveness of correction treatment*, Praeger, New York, 1975; M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste ed ideologie neo-liberiste*, cit.

⁽¹⁵³⁾ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle* (1954), Cujas, Paris, 1981, 3.ª ed.; idem., Responsabilité et défense sociale, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1959, p. 179 e ss.; J. Pinatel, Criminologie et droit pénal, ibidem, 1953, p. 595 e ss.; J. Graven, Droit pénal et défense sociale, *Revue Pénale Suisse*, 1955, p. 1 e ss.; P. Bouzat e J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, Paris, 1970. Desde o início o movimento foi seguido com interesse por Pietro Nuvolone e Giuliano Vassalli, que retomaram essas idéias tentando conciliá-las com o princípio de legalidade das penas: cf. P. Nuvolone, Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale (1955), *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova, 1969, vol. I, p. 259 e ss.; G. Vassalli, Funzioni e insufficienze della pena, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, p. 297 e ss. Sobre a história do movimento, a sua inicial convivência com o grupo de Filippo Gramatica (que em 1946 deu vida a um Centro Internacional de Estudos de defesa social, baseado no programa de substituição das penas com medidas indeterminadas de defesa social), as suas sortes e suas crises, os seus congressos, as associações e os centros nacionais e internacionais de prevenção e de defesa social (entre os quais o Centro fundado em Milão em 1947 e dirigido por Adolfo Beria, d’Argentine), veja-se o estudo de F. Cavalla, *La pena come problema*, cit., p. 122-234. Para uma valorização crítica, cf. A. Baratta, Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale, *La questione criminale*, 1975, n. 1, p. 10 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ A. Eser, *Resozialisierung in der Krise?*, Seminar: *Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, org. por K. Lüderssen e F. Sack, Frankfurt am Main, 1977; B. Haffke, *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Straf-vollzugsgesetzes*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1976, p. 607-634 (citados criticamente por M. Pavarini, ob. cit., p. 295-297).

⁽¹⁵⁵⁾ “Nesse sentido se entende a expressão que *poenae huius saeculi magis sunt medicinales quam vindicativae*, porque o aspecto retributivo (vindicativo), quando verdadeiramente tal, é autêntica e genuína medicina da alma, é o meio mais salutar e eficaz porque na consciência do réu despertam os mais nobres sentimentos morais que regem o caminho da redenção do indivíduo. Não se deve crer que a redenção humana possa vir fora da estrada da dor, fora, isto é, de uma concessão retributiva e então aflitiva da pena, porque a dor é o grande estímulo que impulsiona o homem a retornar sobre si mesmo para tomar as grandes decisões da vida. *Non fit redemptio sine effusione sanguinis*” (G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 526). Não é casual que sobre a base desse comum moralismo penal, que vê na pena um bem também para quem a ofende, os emendistas se encontrem com muitos retributivistas morais que, como Bettiol, concebem a pena como *expição*. Cf., por exemplo, E. Pessina, *Elementi*, cit., p. 30: “o fim da pena é de anular o delito; e se apresenta-se sobre a forma de dor ou de mal para o indivíduo que a ela se submete, é um bem em si mesma, é o verdadeiro bem da individualidade delinquente, reconciliando-a com a ordem, e é um bem para a sociedade humana no seio da qual a justiça se restaura”; P. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale*, cit., p. 282: “o direito penal não nasce da *colisão* entre a sociedade e o réu, mas da *cooperação*... A doutrina da ordem é então uma doutrina essencialmente *pacífica e verdadeiramente filantrópica*... Eis porque tantas vezes foi visto o culpado arrependido receber a sentença com reverência e gratidão: ele na justiça de seu suplício reconhecia o *seu bem*”.

⁽¹⁵⁶⁾ “A pena”, segundo Ferri, deveria passar “do campo aéreo das ameaças legislativas ao campo prático da clínica social de preservação da doença criminosa”, e “as casas de pena” deveriam transformar-se “em estabelecimentos de cura física e moral, com disciplina adaptada às formas diversas de tendência criminal, como são diversamente disciplinados os hospitais comuns e as clínicas especiais e os manicômios”; para os incorrigíveis (“delinquentes loucos” e “delinquentes natos”) o programa de seleção penal oscila ao contrário entre a pena de morte, aquela da deportação e aquela da segregação à vida ou indeterminada (*Sociologia criminale*, cit., p. 726, 860, 875 e ss.). Um darwinismo mais acentuado é encontrável em R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 422 e ss., que como se viu é decidido partidário dos “meios eliminativos”, e por F. Grispigni, *Spirito nuovo negli istituti penitenziari, La scuola positiva*, 1938, p. 224, que vê na pena um meio de “bonificação de um material humano decadente”. Também o liberal Liszt, concebendo o direito como organização de luta (*Kampfordnung*) e a sua função como luta contra a delinquência (*Lehrbuch*, cit.), é atraído pela idéia darwinista da “seleção”: a pena se “apresenta a ele portanto como artificial seleção do indivíduo inapto à vida social. ‘A natureza constringe ao leito do enfermo aquele que violou as leis, o Estado ao invés o envia à prisão’ (von Jhering)” (*La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 50-51). “Garofalo e Ferri” – comenta Manzini – “não escondem os excessos que adviriam da adoção deste princípio. O primeiro, aliás, depois de haver contado que durante o reino de Henrique VIII foram enforcados nada menos que 72.000 mendigos e vagabundos, escreve que os seus ‘sentimentos mais íntimos protestam contra o assassinato legal de quem não é convicto de outra culpa senão a de ócio e de mendicância’; mas acha que ‘a rigor de lógica as leis sanguinárias da Inglaterra do século XVI seriam justificadas e que, ‘do ponto de vista da seleção’, aqueles setenta e dois mil enforcados sem dúvida depuraram a raça anglo-saxã. E Ferri, por sua vez, admite que, dado o princípio da seleção artificial, ‘legitimar-se-ia e tornar-se-ia obrigatório o assassinato mais espantoso de todos os nascidos com defeitos, ou afetados por doenças incuráveis, de enfermidades contagiosas ou outros’; mas aprova, com algumas ‘restrições de forma’, a proposta de um certo Edgar, que queria castrar os reincidentes e os loucos!... Seria um substitutivo penal verdadeiramente maravilhoso! Edgar, ao propor o seu projeto de lei ao Parlamento de Michigan, deve ter certamente pensado nessas palavras de Garofalo: ‘Não punir os filhos dos delinquentes, mas impedir que nasçam: produzir com a morte do delinquente ou com seu isolamento perpétuo uma artificial seleção da qual seria melhorada a raça humana’” (*Diritto penale*, cit., p. 81).

⁽¹⁵⁷⁾ “Não há delito mas delinquente”, proclama Enrico Ferri (*I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Zanichelli, Bologna, 1881, p. 4). E Liszt: “não o ato, mas o autor é passível de pena”; “a finalidade da punição não é constituída pelo delito mas pelo delinquente; não o conceito mas o

indivíduo” (*Strafrechtliche*, cit., vol. II, p. 170). Será brevíssimo o passo que conduzirá às doutrinas penais nazistas do tipo de autor.

⁽¹⁵⁸⁾ Pode-se entender por “tratamento”, segundo a definição proposta por Alf Ross, qualquer medida que não procura nem infligir um sofrimento nem exprimir uma reprovação, mas só – como o tratamento de uma pneumonia – modificar oportunamente o organismo psicofísico do indivíduo” (ob. cit., p. 70).

⁽¹⁵⁹⁾ O caráter indeterminado da medida da pena, remetida à discricionariedade de quem supervisiona o arrependimento ou a cura do réu, é o traço comum de todas as estratégias da prevenção especial. Recordem-se, além das passagens citadas de More, de Hemke, de Roeder, de Canelutti, de Liszt e de Garofalo, E. Ferri, ob. cit., p. 835 e ss.; idem, *Principi di diritto criminale*, Utet, Torino, 1928, p. 333-378; R. Garofalo, ob. cit., p. 449-454; E. Florian, ob. cit., p. 119-120; F. Grispigni, *Diritto penale*, cit., p. 129 e ss.; E. Pasukanis, ob. cit., p. 228 e ss. O princípio da indeterminação da pena está além disso enunciado no art. 8 do Estatuto da União Internacional de Direito Penal promovida por Liszt, Prins e van Hamel. Segundo M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale*, cit., p. 287-291, a *non fixed sentence* teria causado nos Estados Unidos um recrudescimento das condenações exemplares, sempre mais frequentemente orientadas à aplicação dos máximos de pena; ao mesmo tempo o domínio da cultura correcional e a falência do cárcere como meio de correção teriam favorecido a difusão de instituições públicas e privadas de controle e de ressocialização extrapenal com um aumento da taxa global de repressão.

⁽¹⁶⁰⁾ A doutrina da emenda informa o art. 27 da nossa Constituição, segundo a qual as penas “devem tender à reeducação do condenado”. A doutrina da defesa social, que se fixa à periculosidade do réu muito mais que ao crime, inspira ao contrário a disciplina das medidas de segurança introduzidas no Código Rocco e validadas pelo art. 25, parágrafo 3.º, da Constituição.

⁽¹⁶¹⁾ *On liberty* (1861), trad. it. de S. Magistretti, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1981, I, p. 33: “a única finalidade pela qual se pode legitimamente exercitar um poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para evitar dano aos outros. Um bem do indivíduo, seja ele físico ou moral, não é uma justificação suficiente. Não se pode constrangê-lo a fazer ou não fazer qualquer coisa porque é melhor para ele, porque o fará mais feliz, ou porque, na opinião dos outros, é oportuno ou até justo: esses são bons motivos para discutir, protestar, persuadir-lo ou suplicar-lhe, mas não para constrangê-lo ou para puni-lo de algum modo no caso de comportar-se diversamente” (ibidem, p. 32-33).

⁽¹⁶²⁾ *Programma. Parte generale*, cit., par. 611, p. 598. Veja-se também, ibidem, p. 525-526 e 604-605, e idem, Emenda del reo assumta come unico fondamento e fine della pena, *Opuscoli di diritto criminale*, Tip. Giusti, Lucca, 1870, vol. I, p. 199: “De onde extrairia a sociedade o direito de submeter um culpado a longos castigos, a menosprezá-lo no exercício dos seus direitos, para o fim de purificar a sua alma das manchas do vício? Admitido isso por um puro princípio místico, tornamos à Inquisição”. No mesmo sentido se pronunciou E. Pessina, *Teoremi giuridici intorno alla scienza delle prigioni* (1862), em apêndice ao *Elementi*, cit., II, p. 160-165. Uma nítida recusa do objetivo correcional da pena já tinha sido formulada por P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798), trad. it. de M. A. Cattaneo, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 104: “qual é o fim que está na base do conceito jurídico de pena?... Tal fim não é a correção do culpado. Na verdade, um mal infligido, que tem como próprio objetivo a correção do culpado, é um castigo: e o castigo não é mais compreendido no poder jurídico do Estado. Um direito de castigar pode dizer respeito somente àquele que está em uma relação de tutela com o castigado. Mas o Estado não é tutor, mas sim protetor; não é preceptor, mas sim defensor; tem como fim não a moralidade e a cultura, mas a tutela da liberdade. Por isso, em base ao pressuposto de que a correção do culpado seja o fim do Estado, ou devem vir renegados os mais claros princípios de direito público, ou ao Estado não deve ser reconhecido por nada um direito de punir. Ainda antes a ilegitimidade do uso benéfico da força tinha sido negada ao Estado por Locke: “A perda do patrimônio ou dos cargos honoríficos pode tornar humilde um homem orgulhoso; os sofrimentos e o cárcere podem tornar moderado um homem desenfreado e dissoluto; e assim essas coisas podem servir, indiretamente e à distância, ao fim da salvação das almas humanas. Não duvido que Deus tenha feito de alguma dessas circunstâncias, ou de todas, outras tantas ocasiões de bem para muitos homens. Porém gostaria de deduzir que o

magistrado pode privar um homem de sua honra, de seu patrimônio ou de sua liberdade para salvar-lhe a alma, ou atormentá-lo neste mundo para que possa ser feliz em outro? (Seconda lettera sulla tolleranza (1690), *Scritti sulla tolleranza*, org. de F. Marconi, Utet, Torino, 1977, p. 194); “não é missão do magistrado, nem de qualquer outro, fazer uso, com base na presunção de sua utilidade, de meios dirigidos à salvação das almas humanas diversos daqueles ordenados do Autor e Aperfeiçoador da nossa fé (ibidem, p. 208).

⁽¹⁶³⁾ A formulação mais brutal da doutrina positivista-darwinista do direito penal como meio de defesa e de seleção social é aquela oferecida por Hans von Hentig. Depois da mesma premissa sobre mecanismos naturais que operam na seleção das variantes regressivas das espécies animais, von Hentig ilustra as técnicas de seleção artificial por meio das quais tem lugar a criação de animais domésticos, e as propõe como modelo de direito penal: “o criador conseguiu portanto, artificialmente, por meio da seleção, obter dos animais independentes e autônomos, no estado natural, companheiros aptos a uma comunicação de vida com ele, com o fim de tornar possível uma grande comunidade de todos os seres viventes, unidos na luta pela existência. O fim do direito penal se aproxima sensivelmente daquele do criador” (*La pena. Origine, scopo, psicologia*, cit., p. 182).

⁽¹⁶⁴⁾ Idem, p. 182-183: “Com todo seu arsenal de meios mais ou menos severos, a jurisdição penal pode criar um tipo de homem que satisfaça às condições da simbiose humana... A lei penal se propõe somente uma seleção negativa..., a pena pode modificar as condições de vida de um indivíduo, piorando-as. Dessa minoração da vida – que pode ir desde a forma mais leve de privação da liberdade, até a morte – resulta aquele tipo de homem cujas qualidades permitem a construção da pirâmide social, como pedras quadradas e regularmente dispostas. Somente eliminando de tal modo as características naturais, selvagens, improdutivas, poderá desenvolver-se um exemplar humano que será por instinto orientado a uma forma de vida social... E os antigos objetivos penais da reeducação, da intimidação, da seguridade e da guarda se subordinam ao conceito seletivo. A proposta dessa sociedade de animais domésticos, recorda von Hentig, foi ilustrada pela primeira vez no seu livro *Strafrecht und Auslese*, de 1914.

⁽¹⁶⁵⁾ J. Bentham, Panopticon; or the inspection-house (1787), *Works*, cit., vol. IV, p. 37-172; idem, Panoptique. Établissement proposé pour garder des prisonniers avec plus de sûreté et d'économie, et pour opérer en même temps leur réformation morale, avec des moyens nouveaux de s'assurer de leur bonne conduite, et de pourvoir à leur subsistance après leur élargissement, *Traité de législation civile et pénale*, cit., vol. I, p. 225-242. Sobre o panoptismo carcerário e sobre o projeto disciplinar que sustenta o mesmo, cf. M. Foucault, ob. cit., p. 113 e ss., 147 e ss., 213 e ss.; 233 e ss.; G. Rusche e O. Kirchheimer, *Punishment and social structure* (1939), trad. it. de D. Melossi e de M. Pavarini, *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978; P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 339-378; D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 201 e ss.

⁽¹⁶⁶⁾ *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 268-269. “Se esse fim – prossegue Jhering – fosse seu encargo, teria dito que aquela sociedade que sem urgente necessidade sacrifica a vida ou o tempo de trabalho dos seus membros para finalidade punitiva age contra o próprio interesse, como o proprietário que maltrata o seu animal até machucá-lo. Como nos primórdios da humanidade, o reconhecimento do valor da vida e da força humana foi o primeiro passo para a humanização, do momento em que aquela compreensão levou o vencedor a deixar vivo o inimigo prisioneiro, ao invés de matá-lo, a mesma consciência pode e deve abrir a via para uma reação contra o inimigo interno da humanidade: o natural interesse desta última exige que se valore com extrema acuidade a pena para ameaçar. Onde basta a pena pecuniária, nenhuma pena detentiva; onde basta esta última, nenhuma pena de morte! Com a primeira pena, o mal é direcionado somente ao culpado, não também à sociedade; nas últimas duas, ao contrário, a sociedade termina por pagar do próprio bolso a pena cominada e, então, cada excesso se repercute sobre esta. A mesma idéia foi expressa por Thomas More, segundo o qual a servidão dos trabalhos forçados aos celerados é mais vantajosa à República que matá-los, porque são mais úteis com a fadiga do que com a morte” (*Utopia*, cit., liv. II, p. 168).

⁽¹⁶⁷⁾ Cf., *infra*, os par. 34-36.

⁽¹⁶⁸⁾ Vejam-se as páginas da *Sacra famiglia* nas quais Marx denuncia o caráter cristão, porque moralmente aflitivo, das finalidades reeducativas da pena detentiva burguesa, e em especial do isolamento celular dos detentos: “a idéia da pena, que Rodolfo aplica ao privamento da vista do maître

d'école, esse isolamento do homem na própria alma e do mundo externo, a aliança da pena jurídica com a tortura teológica, têm a sua execução mais definida no sistema do cárcere celular” (K. Marx e F. Engels, *Opere complete*, Editori Riuniti, Roma, 1972, vol. IV, p. 207-208). Aquilo que na penalística profana perturba Rodolfo, o homem da crítica pura, é a passagem demasiado rápida do tribunal ao patíbulo. Ele quer ao invés ligar a vingança contra o delinqüente com a expiação e com a consciência do pecado do delinqüente, a pena corporal com a pena espiritual, o martírio sensível com o martírio não sensível do arrependimento. A pena profana deve ser ao mesmo tempo um meio cristão-moral de educação. Esta teoria penal que liga a jurisprudência com a teologia, este revelado mistério do mistério não é absolutamente outra coisa senão a teoria penal da Igreja católica... Que Rodolfo pense realmente à privação da visão honra o seu instinto religioso... A separação do homem do mundo externo sensível, o confinamento na sua interioridade abstrata para melhorá-lo – cegá-lo – são uma consequência necessária da doutrina cristã, segundo a qual a atuação completa dessa separação, o puro isolamento do homem no seu eu espiritualístico, é o bem em si mesmo” (idem, p. 199); com a pena o delinqüente deve ser elevado a juiz do seu próprio delito, deve ser persuadido que uma violência externa, exercitada por outros sobre ele, seja uma violência que ele exercitou contra si mesmo... Como é humana de frente a essa crueldade cristã a teoria penal ordinária, que corta simplesmente a cabeça de um homem, quando quer aniquilá-lo”! (ibidem, p. 199-200).

⁽¹⁶⁹⁾ E. V. Pasukanis, ob. cit., p. 237-238.

⁽¹⁷⁰⁾ Segundo Federico Stella “a doutrina penalista sublinha hoje quase em coro” os fins “da orientação social”, de formação de “códigos morais”, de “educação” e de “geral saneamento do costume” perseguidos pela pena (Il problema della prevenzione della criminalità, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 22). Reformulações atuais do paradigma geral-preventivo que incluem objetivos de prevenção geral positiva são oferecidas, por exemplo, por J. Andenaes, La prevenzione generale: illusione o realtà?, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1953, p. 269 e ss. e idem, La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena, *Teoria e prassi*, cit., p. 33 e ss., onde se fala dos “efeitos de moralização”, ou da “influência de moralização” da pena sobre os “comportamentos sociais”; B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Aaran, Frankfurt am Main, 1976, p. 80 e passim, que vê no direito penal um fator de socialização; F. Mantovani, Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale, ibidem, p. 73 e 76, que evidencia o fim de moralização-educação da pena, a qual contribui para formar e fortificar o código moral dos associados, assim como a sua capacidade de orientação cultural sobre valor; W. Hassemmer, Prevenzione generale e commisurazione della pena, ibidem, p. 132, 134 e 137, que fala das funções de consolidação da fé ao direito assim como da consciência normativa dos associados; M. Romano, Prevenzione generale e prospettive di riforma del Codice Penale italiano, ibidem, p. 155, que destaca a conservação do direito e o exercício na fé do ordenamento promovidos pela pena; A. Pagliaro, Prospettive di riforma, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 417, que atribui à pena o fim de incutir no povo certos juízos de valor, os quais se manifestam como esquemas comuns de comportamento moral; F. Stella, *La tutela penale della società* (1981), in G. Marinucci e E. Dolcini (org.), ob. cit., p. 77, que considera o fortalecimento coletivo e o reforço da consciência moral dos associados como as obrigações de uma “política criminal racional e um fator imprescindível da prevenção geral dos crimes”.

⁽¹⁷¹⁾ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin, 1983; idem, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976. Para uma análise crítica desta doutrina, cf. A. Baratta, Integrazione-prevenzione. Una ‘nuova’ fondazione della pena all'interno della teoria sistemica, *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p. 5-30, onde são discutidas também as teses sistêmicas e funcionalistas em tema de bem jurídico e de culpabilidade propostas por Knut Amelung e por Claus Roxin.

⁽¹⁷²⁾ Veja-se a respeito, *infra*, os parágrafos 33.2, 34.4 e 35.5.

⁽¹⁷³⁾ J. F. Stephen, *A history of the criminal law of England*, Macmillan, London, 1883, vol. II, p. 81: “A condenação jurídica é para o sentimento moral do público aquilo que o sigilo é para a cera quente. Essa converte em um juízo definitivo e permanente aquilo que de outro modo seria um sentimento transitório... Em breve a cominação da pena dá uma forma definida e uma solene ratificação à indignação moral suscitada pelo cometimento da ofensa”. Uma posição análoga é aquela expressa por

Lord Denning: “a justificação última de todas as penas não é a de dissuadir, mas de ser a denúncia vibrante de um delito por parte da comunidade” (*The royal commission on capital punishment*, Cmd. 8932, par. 53, cit. em H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 197). Cf. também as passagens citadas nas notas 64 e 73. Veja-se, por uma crítica penetrante dessas teses, por ele denominadas teorias denunciadoras da pena (e que não diferem daquelas neo-retributivistas recordadas na nota 65), H. L. A. Hart, ob. cit., p. 196-199 e idem, *Diritto, morale e libertà*, cit.

⁽¹⁷⁴⁾ “Eu me pergunto”, escreve Tarde em polêmica com os positivistas italianos “por que nunca se quer extirpar do direito penal toda forma de indignação e de ódio contra os malfetores e baseá-la sobre cálculos mais frios... Não ver no criminoso mais que um ser perigoso e não um culpado, um doente e não um pecador, e na pena um meio de eliminação ou de correção e não também uma medida infame, significa certamente pretender que os criminosos e atrás deles a opinião pública adotem sobre o crime um comportamento intelectual depurado de toda forma de emoção e de reprovação. Mas é precisamente a Escola Positiva que nos propõe esta reforma ao nos ensinar que a inteligência é de per si inerte e que são os sentimentos as únicas forças motoras das almas e das sociedades. Quando se cessar de odiar e de infamar o criminoso, os delitos se desencadearão sem freios. E então, repito, por qual razão devemos nos esforçar, se fosse realmente possível, em extrair o ódio e a indignação do seu objeto mais natural – o crime –, correndo o risco talvez de desviar da rota esses eternos sentimentos do coração para outros objetos e outros fins, como por exemplo as lutas políticas ou religiosas? Eu sei bem que o crime, sendo submetido ao determinismo universal, é um fato natural com um outro qualquer. Mas a cólera que se tem ao ver um ato criminoso e o desejo de vingança que se anima contra o seu autor são também esses fenômenos naturais. Por que julgá-los irracionais? Por que reprová-los se se pensa que o próprio crime não é reprovável? Mesmo se se demonstra que esses sentimentos se baseiam em um erro, isto é, na crença do livre arbítrio do criminoso, que é tirada da nossa teoria da responsabilidade... e até se se admitisse que estes poderiam ser atenuados e transformados em piedosa compaixão, seria bom, ainda uma vez mais, enfraquecer aquela que é a barreira mais forte para diluir o mal social? Utilitariamente, é preciso responder não. E por que, ao contrário, se responde sim, senão porque resta uma espécie de estética e de idealismo no fundo do utilitarismo? A idéia de uma penalidade depurada de qualquer ódio ou vingança é antigüíssima e resistente na história do espiritualismo... Os utilitaristas a respiraram como o ar de seu ambiente; e é porque se sentem contrários a essa idéia, como contaminados pela sujeira moral, que eles odeiam o ódio, não obstante a sua utilidade” (*La philosophie pénale* (1890), 4.^a ed., Cujas, Paris, 1972, p. 509-511).

⁽¹⁷⁵⁾ *De la division du travail social* (1893), trad. it. de F. A. Nasmer, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, p. 126; ibidem: A pena não serve – ou não serve mais que secundariamente – para corrigir o culpado ou para intimidar os seus possíveis imitadores; desse ponto de vista é justamente duvidosa, e em qualquer caso medíocre. A sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, conservando na consciência comum toda a sua vitalidade. Categoricamente assim negada, a consciência comum perderia necessariamente parte da sua energia se uma reação emocional da comunidade não intervesse para compensar tal perda: o relaxamento da solidariedade social seria o inevitável resultado. Ocorre todavia que essa se afirma energicamente no mesmo momento em que vem contraditada, e o único meio que tem para se afirmar é exprimir a aversão unânime que o delito continua a inspirar, mediante um ato autêntico que pode consistir somente em uma dor infligida ao agente... Esta dor não representa uma crueldade gratuita, mas o sinal que atesta que os sentimentos coletivos são sempre coletivos, que a comunhão dos espíritos na mesma fé existe inteiramente e repara de tal modo o mal que o crime causou à sociedade”. Cf. também, ibidem, p. 106 e ss. e 120 e ss. Sobre o pensamento criminológico de Durkheim, vejame-se P. Marconi, *Durkheim. Sociologia e politica*, Jovene, Napoli, 1974, p. 91-113; R. Marra, *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e repressione nella produzione normativa*, Esi, Napoli, 1986, p. 17-67; idem, *Tra pena infamante e utilità del reato*. Tarde contro Durkheim, ovvero l’espiazione della colpa a fondamento del diritto criminale, *Dei delitti e delle pene*, 1985, 1, p. 49-92.

⁽¹⁷⁶⁾ Não me parece de fato fundada a assimilação entre a teoria da pena de Durkheim e as doutrinas expressivas ou denunciadoras de Stephen e Lord Denning, levadas a efeito por H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 290, e por M. A. Cattaneo, *Fondamenti*, cit., p. 57, e *Il problema filosofico*, cit., p. 32-33. A diferença entre a primeira e as segundas consiste em que estas exprimem teses axiológicas em resposta “à pergunta por que (se deve) punir?”, enquanto aquela exprime teses sociológicas, pouco importa se verdadeiras ou falsas, em resposta à pergunta “por que (de fato) se pune?”.

⁽¹⁷⁷⁾ G. Jakobs, ob. cit., p. 385.

⁽¹⁷⁸⁾ J. Nagler, *Die Strafe*, cit., p. 352-360; M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., p. 51; idem, *Pena*, cit., p. 704.

⁽¹⁷⁹⁾ Mario A. Cattaneo recorda entre os expoentes dessa orientação também Hommel, Püttmann, Gmelin e Frederico II da Prússia (*La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., p. 270-271); sobre a complexidade dos fins da pena segundo Hommel (não só a intimidação, mas também a emenda e talvez a retribuição), cf. porém o mesmo M. A. Cattaneo, Karl Ferdinand Hommel, il Beccaria tedesco, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, V, p. 311-319. A função exemplar da pena se encontra de outra parte enunciada já nas fontes justinianas (Nov. 17.5: “cum vehementia corrige, puniens delinquentes secundum nostras leges, ut paulatim supplicium alios omnes faciat salvos”; Nov. 30.11: “adulteria... puniat amare, utpote paucorum hominum supplicio omne quod reliquum est perpetue temperetur, sitque cum lege castigat subtilis delinquentium. Non enim inhumanum est hoc, maxima magis humanitas, dum paucorum correctione multum salvum est”) e naquelas medievais (acerca das quais cf. C. Calisse, ob. cit., p. 431-437).

⁽¹⁸⁰⁾ M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., p. 53 e ss.

⁽¹⁸¹⁾ É a objeção de F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, *Opusculi di diritto criminale*, cit., I, p. 262-263: “O sistema da defesa social indireta peca em segundo lugar porque faz do homem um instrumento nas mãos da sociedade, a qual se serve do corpo de um cidadão para intimidar os outros cidadãos, martirizando-o para persuadir aqueles a não ofender as lei sociais... Mas se o direito do indivíduo legitimamente se sacrifica para a utilidade de todos; se legitimamente se despe um indivíduo de seus direitos com o fim de incutir temor nos outros, não há mais razão para subordinar a consecução dessa grande utilidade geral à culpabilidade do condenado. A impunidade de um grande delito é um mal social que a todos os outros atinge. Um homicídio não punido encoraja outros dez, outros vinte assassinos... Se um acusado é de outra parte um cidadão desagradável, a opinião pública grandemente suspeita de que seja o autor do crime que o acusador lhe atribui, e se sacrifique ainda que não haja suficientes provas da sua culpa: digo mais, se sacrifique ainda que se saiba que não tenha sido culpado daquele delito: o conto volta à cabeça; é melhor sacrificar um cidadão inocente de má fama que deixar cair o punhal sobre vinte honestos e inocentes cidadãos: a utilidade social, o fim da intimidação, torna legítima a condenação do inocente. Eis os vícios capitais que o sistema da tutela jurídica reprova no sistema da defesa social; e que se ruborizaria de ter em comum com ele.

⁽¹⁸²⁾ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), 5.ª ed., org. de E. Wolf, Koehler, Stuttgart, 1956, p. 267-268. Ao “terror” como fim aduziu de resto o próprio C. Beccaria, ob. cit., XVI, p. 39: “Qual é o fim político das penas? O terror dos outros homens”.

⁽¹⁸³⁾ “Se por conseguinte o direito e a liberdade devem ser assegurados perfeitamente, então deve haver um meio de segurança que nos garanta não só diante de um ofensor determinado, mas das ofensas em geral... Entre todas as imagináveis medidas de segurança das ofensas em geral, nenhuma é tão geralmente eficaz como a ameaça de males físicos, com as quais a ação ofensiva vem condicionada. Essa age diretamente de modo contrário ao fundamento último dos desejos antijurídicos e elimina, causando o medo, o mesmo princípio interno do qual aqueles provêm... Em que medida, então, a ameaça tem o condão de eliminar os fundamentos dos desejos antijurídicos, de dissuadir o ofensor da realização de ofensas? Não apenas um mal sensível é posto como condição do possível cometimento de um ato antijurídico, então, com base no princípio da associação de idéias, na representação do objeto da ação antijurídica deve ser unida no mesmo momento a representação do mal que o acompanha. A primeira consequência da ameaça é portanto que o ânimo seja dissuadido do objeto do ato ofensivo... Evitar aquele mal e omitir este ato é algo que está analiticamente conectado. O ato não pode ser cometido sem sofrer o mal; o mal não pode ser evitado, sem omitir o ato... Esse mal, portanto, o qual é ameaçado para dissuadir os possíveis ofensores de cometer ofensas, se chama pena; a ação que é cometida em contraste com esta ameaça se chama crime e, por causa das específicas características de certos males ameaçados, delito. O escopo da ameaça da pena é portanto a intimidação, e o fundamento jurídico sobre o qual se apóia a ameaça é a defesa... Mas como a ameaça do mal penal tem um objetivo, assim também o infligir do mesmo depois do fato consumado tem um... Esse não consiste senão em tornar eficaz a própria ameaça... Na verdade uma ameaça pode ser eficaz tão só se o mal nela contido representa um mal que se verificará efetivamente” (P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., p. 108-113). Cf. também P. J. A. Feuerbach, *Revision der*

Grundsätze und der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (1799), reimpr. anast. Scientia Verlag, Aalen, 1966, p. 1-108; idem, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1801), 14.^a ed., Heyer, Giessen, 1847. Sobre o fim da pena segundo Feuerbach, veja-se M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, cit., p. 379-477. Cattaneo, em *La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., p. 271, recorda como imediatos precursores alemães da doutrina da prevenção geral como objetivo da ameaça da pena, Sonnenfels, Michaelis, Siardi, Zaupser e Barkhausen.

⁽¹⁸⁴⁾ G. D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, cit., par. 401, p. 176: “o fim único das penas é de apartar os delitos da sociedade”; ibidem, par. 263, p. 186: “se depois do primeiro delito houvesse uma certeza moral que não estivesse para suceder nenhum outro dali em diante, a sociedade não teria direito nenhum de puni-lo”; ibidem, par. 334-335, p. 141: “Que coisa queremos nós obter? Prevenir a erupção do delito (par. 261, 282). Mas como *preveni-la* não se opõem às causas sem agir sobre o homem interior e sem conter os impulsos criminosos? Por conseguinte, a força repelente da pena prevista deve vencer a força estimulante do delito imaginado. Então deve romper, direi assim, os braços ao homem interior tentado a delinquir, como na defesa física se quebram as forças de um agressor. Assim, quanto ao magistério penal e ao intento, o direito penal não é senão um direito de defesa”. Veja-se também a passagem citada na nota 68.

⁽¹⁸⁵⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., V., p. 26: “Um pronto, certo, e imediato castigo é a única barreira que convém alçar contra a torrente dos delitos. A vontade é sempre determinada pelo choque do mais eficaz motivo. Então o temor de certo e presente castigo balanceia o motivo, que atrai ao delito”; idem, *Saggi politici*, loc. cit.

⁽¹⁸⁶⁾ Schopenhauer dedica ao problema penal o par. 62 de *Die Welt als Wille und Vorstellung* (1819), trad. it. de N. Palanga, *Il mondo come volontà e come rappresentazione*, Bartelli e Verando, Perugia, 1913, de onde enuncia – em áspere polémica com Kant (p. 495: “a sua fraqueza senil é a única razão com a qual consigo explicar-me aquele estranho tecido de erros sem fim que forma o conjunto da sua teoria do direito”) – uma completa doutrina da função de prevenção geral da ameaça legal da pena: “É certo que, fora do Estado, não existe um direito de punir. Não há um direito de punir que não seja fundado sobre lei positiva; esta, em previsão de qualquer transgressão, fixa uma pena, cuja ameaça é destinada a vencer como contramotivo os possíveis motivos que conduzam à violação da justiça... Mas a lei não pode ter outro fim que não: impedir, com a intimidação, a violação do direito alheio... A lei, a aplicação da lei, a pena, têm então em vista essencialmente o futuro, não o passado. É o que distingue a pena da vingança: esta última traz motivo unicamente de certos fatos ocorridos, do passado como passado. Infligir ao réu uma dor, sem mirar a um fim para o futuro, seria vingança, com a qual queremos somente nos consolar de uma dor sofrida, com o espetáculo de uma dor imposta por nós a quem nos fez sofrer. Verdadeira maldade, crueldade, para a qual a moral não tem palavras de justificação. Um mal que outros me façam não me autoriza de nenhum modo a corresponder-lhe com um outro mal. Devolver mal por mal, sem fins ulteriores, não é justificável moralmente nem, de qualquer modo, racionalmente: o *jus talionis*, erigido a princípio fixo e supremo do direito penal, é um contra-senso. A teoria de Kant, a qual não vê na pena mais que uma punição com o único intento de punir, é todavia uma idéia mal fundada e absurda... Por outro lado, não se pode contestar ao homem o direito de velar pela segurança da sociedade: o exercício de tal direito é possível somente com a condição de que todas as ações delituosas sejam previstas e prevenidas, opondo-se como contramotivos às ameaças da lei penal: ameaças que se tornam eficazes somente se aplicadas a todo custo, não apenas se presente o caso. O fim da pena ou, melhor, da lei penal é então a prevenção da culpa mediante a intimidação” (idem, p. 513-514).

⁽¹⁸⁷⁾ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., par. 82, p. 31: “o objeto da imputação civil, na punição de um delinquent, não é já de criar vingança do delito já cometido, mas de utilizá-la para que em acontecimentos semelhantes outros delitos não sejam cometidos”; ibidem, par. 208, p. 87: “os homens são por sua natureza mais avessos à dor, daquilo que não são por prazer atraídos. Assim o tema da dor foi escolhido como o mais eficaz entre as causas para remover os delitos. Portanto as leis criminais para garantir o objeto da sociedade não somente declararam quais ações devam ser imputadas como delituosas, mas também, para fazer com que os cidadãos temam a imputação civil, ameaçam de dor a todos que ao delinquir desprezem dita imputação. Esta última parte de cada lei, a qual comina a todos aqueles que violarem as leis uma pena, se denomina sanção. Por isso nós definimos as penas

causas sensíveis para respeitar as leis da cidade, derivadas da dor, cuja quantidade a ser inogada aos delinquentes, as leis mesmas determinam”.

⁽¹⁸⁸⁾ “A cominação da pena é um mero fato consequencial: fato de necessidade lógica porque o preceito e a sanção seriam palavras risíveis se essa não atingisse efetivamente o violador daquilo..., o fato da cominação não tem um fim nem de espionar nem de fazer tremer; isso é um ato passivo de obediência à sanção, e tem o único fim de mostrar que a sanção é uma verdade. Ora, a sanção (ameaça de privação de direitos a quem ofende direito) tem a sua legitimação espontânea pela legitimidade da proibição. Essa é consequência lógica da natureza das leis que se deve reconhecer à lei jurídica... O fim da sanção é aquele de completar a lei a fim que cada um saiba que o seu direito está protegido desde que não viole o direito alheio” (F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., p. 264). Na verdade, “sem sanção a lei é conselho e não mais lei”, e o direito “não seria mais que uma vã palavra se não tivesse por implícito conteúdo a faculdade de defender-se” (ibidem, p. 260-261).

⁽¹⁸⁹⁾ Limite-me a recordar V. Manzini, *Diritto penale*, cit., p. 93-94; F. Antolisei, ob. cit., p. 491; A. Ross, ob. cit., p. 80-83. Sobre o consenso atual da ciência jurídica no que concerne ao paradigma geral-preventivo, veja-se o volume *Teoria e prassi della prevenzione generale*, cit. Para um balanço crítico e problemático do paradigma preventivo hoje, cf., além dos escritos de Naucke, Lüderssen e Hassemer no volume já citado, W. Hassemer, *La prevenzione nel diritto penale, Dei delitti e delle pene*, 1986, 3, p. 417-452.

⁽¹⁹⁰⁾ F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 619, nota, p. 605; cf. também idem, *Programma. Parte speciale*, cit., I, p. 22-23.

⁽¹⁹¹⁾ Voltaire, *Commentario*, cit., II, p. 609.

⁽¹⁹²⁾ G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 523.

⁽¹⁹³⁾ M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, cit., p. 414. Em sentido contrário, cf. W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona, Teoria e prassi*, cit., p. 53 e ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Recorde-se o duro ataque de Hegel: “A teoria penal de Feuerbach funda a pena na ameaça... Com essa fundamentação da pena, é como levantar o bastão contra um cão; e o homem é considerado, não segundo sua dignidade e liberdade, mas como um cão” (*Lineamenti*, cit., adendo ao par. 99, p. 327).

⁽¹⁹⁵⁾ Cf., por exemplo, A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., p. 461-466; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 493 e ss.; F. Mantovani, *Sanzioni alternative*, cit., p. 75, 77-83 e 97-98. Uma concepção “dialética” e substancialmente eclética do fim da pena – geral-preventivo no momento da ameaça legal e especial-preventivo naquele da execução – é também aquela de C. Roxin, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe* (1966), agora em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, 1973, p. 3 e ss.

⁽¹⁹⁶⁾ *Gênesis*, cit., par. 411, p. 180.

⁽¹⁹⁷⁾ *Trattato politico*, cit., II, 18, p. 176-177, e III, 8, p. 190-191.

O OBJETIVO E OS LIMITES DO DIREITO PENAL. UM UTILITARISMO PENAL REFORMADO

ANA PAULA ZOMER

SUMÁRIO: 23. O ESTATUTO METATEÓRICO DA JUSTIFICAÇÃO: 1. Doutrinas, teorias e ideologias da pena; 2. Doutrinas de justificação e justificações; 3. As condições metaéticas da justificação. A justificação *a posteriori*; 4. Abolicionismo ideológico e justificacionismo ideológico – 24. O DIREITO PENAL MÍNIMO. OS DOIS OBJETIVOS DO DIREITO PENAL: 1. A prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais; 2. O direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei do mais fraco; 3. Um novo modelo de justificação – 25. JUSTIFICAÇÃO E GARANTISMO: 1. O direito penal e suas alternativas: sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar; 2. Práxis abolicionistas e utopia garantista; 3. Justificações condicionais, condições de justificação e garantias. Garantismo e deslegitimação.

23. O ESTATUTO METATEÓRICO DA JUSTIFICAÇÃO

1. Doutrinas, teorias e ideologias da pena

Muitos dos equívocos que afligem as discussões teóricas e filosóficas relacionadas à questão do “por que punir?” dependem, a meu aviso, da freqüente confusão entre os diversos significados a esta associáveis, entre os diversos problemas pela mesma expressos, bem como entre os vários níveis e universos de discurso aos quais pertencem as suas possíveis respostas. Tais equívocos refletem-se também no debate entre “abolicionistas” e “justificacionistas” do direito penal, dando margem a incompreensões teóricas, freqüentemente confundidas com dissensos ético-políticos. Ademais, ainda mais grave é o fato de que estes conferem às doutrinas justificacionistas funções apoloéticas e de suporte em relação aos sistemas penais existentes, resultando, por outro verso, quase sempre subalternas sob o plano metodológico as próprias doutrinas abolicionistas. Desta feita são responsáveis por projetos e estratégias de política penal conservadoras ou utopicamente regressivas.

A tarefa preliminar da análise filosófica é, portanto, aquela de esclarecer, no plano metateórico e naquele meta-ético, os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão “por que punir?”, bem como das suas diversas soluções. Para esta finalidade quer-me parecer essencial sejam feitas duas ordens de distinções: a primeira, banal, mas nem sempre mantida bem presente, diz respeito aos possíveis significados

da questão; a segunda, não menos importante, e, geralmente abandonada, diz respeito aos níveis de discurso em que se colocam as possíveis respostas.

A pergunta “por que punir?” pode, primeiramente, ser compreendida em dois sentidos diversos: a) *por que existe a pena*, ou seja, se pune; b) *por que deve existir a pena*, ou seja, se deve punir. No primeiro sentido, o problema do “porquê” da pena é um problema científico, que admite respostas de caráter empírico formuladas em forma de proposições assertivas verificáveis e falsificáveis, ou, pelo menos, suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas. No segundo sentido o problema é, ao contrário, filosófico, precisamente de filosofia moral ou política, admitindo respostas de caráter ético-político formuladas em forma de proposições normativas, e, enquanto tais, nem verdadeiras nem falsas, mas, apenas e tão somente, aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas. O primeiro problema, por seu turno, pode ser compreendido em dois sentidos diversos: aa) *por que existe o fenômeno da pena*, ou seja, de fato se pune, que constitui um problema histórico ou sociológico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base nos efetivos comportamentos humanos; ab) *por que existe o dever jurídico da pena*, ou seja, de direito se pune, que constitui um problema jurídico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base naquilo que prescrevem as normas de direito positivo. Será útil, para evitar confusões, utilizar três palavras diversas para designar estes três significados do termo “por que”, correspondentes aos três pontos de vista em torno ao direito, distintos no parágrafo 14.1, quais sejam: a palavra *função*, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo histórico ou sociológico; a palavra *motivação*, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo jurídico e, por derradeiro, a palavra *finalidade*, para indicar-lhe os usos normativos de tipo axiológico. Correlatamente, empregarei duas palavras diversas para designar o diverso estatuto epistemológico das respostas admitidas pelas diversas ordens de questões. Direi que são *teorias* ou *explicações*, sejam elas jurídicas ou sociológicas, as respostas às questões sobre a motivação jurídica das penas e sobre as funções por estas efetivamente desenvolvidas, ao passo que serão *doutrinas* axiológicas ou *de justificação* as respostas às questões ético-filosóficas sobre a finalidade (ou finalidades) que o direito penal e as penas devem ou deveriam perseguir.

O vício metodológico perceptível em muitas das respostas, até o momento examinadas, à pergunta “por que punir?” consiste na confusão feita pelas mesmas entre a função ou a motivação com a finalidade, ou seja, do ser (de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da pena, e na conseqüente assunção das explicações como justificações e vice-versa. Nesta confusão caem, por primeiro, aqueles que produzem ou sustentam doutrinas filosóficas da justificação, apresentando-as como “teorias da pena”. É assim que estes falam, a propósito dos discursos sobre os objetivos da pena, de “teorias absolutas” ou “relativas”, de “teorias retributivistas” ou “utilitaristas”, de “teorias da prevenção geral” ou da “prevenção especial” ou similares, sugerindo a idéia de que a pena possui um efeito (em vez de uma finalidade) retributivo ou reparador, ou que essa previne (em vez de dever prevenir) os delitos, ou que reeduca (em vez de dever reeducar) os réus, ou que dissuade (em vez de dever dissuadir) a generalidade dos associados do cometimento de delitos ou similares. Entretanto, em uma confusão análoga, caem, também, aqueles que produzem ou sustentam teorias jurídicas ou sociológicas da pena, apresentando-as como doutrinas de justificação. Contrariamente aos primeiros, estes concebem como finalidades as funções ou os efeitos da pena, ou do direito penal, definidos empiricamente ou prescritos juridicamente, assim afirmando que a pena deve ser segregadora com base no fato de que concretamente o é, ou que deve satisfazer o desejo de vingança ou as instâncias sistêmicas de estabilidade institucional, pois que, por

hipótese, realmente lhes satisfaz, ou, ainda, que deve estigmatizar ou isolar, ou neutralizar os condenados, vez que de fato e/ou de direito desenvolve tais funções.

É, ao contrário, essencial esclarecer que as teses axiológicas e os discursos filosóficos sobre a finalidade que justifica (ou não justifica) a pena, ou, mais genericamente, o direito penal, não são “teorias” no sentido empírico ou assertivo comumente associado a esta expressão. Estas são, ao contrário, doutrinas normativas – ou, simplesmente, normas ou modelos normativos de avaliação ou justificação – formuladas ou rechaçadas fazendo referimento a valores. São, de outra parte, *teorias descritivas* – e não “doutrinas” – à medida que consistem em asserções empíricas, verificáveis e falsificáveis, somente as explicações das funções da pena fornecidas pela historiografia e pela sociologia das instituições penais, e aquelas das suas motivações jurídicas formuladas pela ciência do direito positivo. Doutrinas normativas da finalidade e teorias explicativas da função ou da motivação são, portanto, assimétricas entre si, seja no plano *semântico*, em razão dos diversos significados de “finalidade”, “função” e “motivação”, seja no plano *pragmático*, em razão da finalidade puramente diretiva das primeiras e descritiva (de fatos) das segundas e (de normas) das terceiras, seja, ainda, no plano *sintático*, porque umas não derivam das outras.¹

Chamarei de “ideologias” quer as doutrinas, quer as teorias que incorrem na confusão entre modelos de justificação e esquemas de explicação. “Ideologia”, com base na definição estipulativa lançada no parágrafo 15.2, é, de fato, qualquer tese ou conjunto de teses que confunda “dever ser” e “ser” (ou melhor proposições normativas e proposições assertivas), assim violando o princípio metalógico, conhecido como “Lei de Hume”, segundo o qual não podem ser extraídas conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice-versa. Precisamente, chamarei de *ideologias naturalistas* ou *realistas* as ideologias que assumem as explicações empíricas (inclusive) como justificações axiológicas, assim incorrendo na *falácia naturalista* da derivação do dever ser do ser; e *ideologias normativistas* ou *idealistas* aquelas que assumem as justificações axiológicas (inclusive) como explicações empíricas, incorrendo, por assim dizer, na *falácia normativista* da derivação do ser do dever ser.²

Conseqüentemente, direi que as doutrinas normativas da finalidade da pena decaem à categoria de ideologias (normativistas) sempre que travestidas em teorias, isto é, assumindo como descritivos, apenas porque considerados justos, aqueles que são apenas modelos ou projetos normativos, ao passo que as teorias descritivas da função ou da motivação da pena, por seu turno, decaem à categoria de ideologias (naturalistas) sempre que travestidas em doutrinas, vale dizer, sempre que assumam como prescritivos ou justificativos, somente porque considerados verdadeiros, aqueles que constituem apenas esquemas explicativos. Quer as doutrinas ideológicas do primeiro tipo, quer as doutrinas ideológicas do segundo são, logicamente, falazes, ou porque trocam o dever ser com o ser, deduzindo asserções de prescrições, ou porque trocam o ser com o dever ser, deduzindo prescrições de asserções. Ambas, de outra parte, desenvolvem uma função de legitimação do direito existente: as primeiras porque confirmam como funções efetivamente satisfeitas aqueles que são somente objetivos axiologicamente perseguidos (v.g., do fato de que à pena é conferido o objetivo de prevenir delitos deduzem o fato de que a mesma efetivamente lhes previne); as segundas porque confirmam como objetivos e/ou modelos axiológicos a serem perseguidos aqueles que constituem tão somente as funções ou os efeitos efetivamente realizados (por exemplo, do fato de que a pena retribui o mal com o mal

deduzem que a mesma deva retribuir o mal com o mal). Uma das tarefas da metanálise filosófica do direito penal é identificar e precluir ambos os tipos de ideologia, mantendo distintas as doutrinas da justificação das teorias da explicação sempre que estas não se desacreditem ou confirmem reciprocamente.

2. Doutrinas de justificação e justificações

A assimetria até o momento elucidada entre doutrinas normativas da finalidade e doutrinas explicativas da função consente-nos lançar agora as bases da segunda distinção enunciada no início, qual seja aquela entre os diversos níveis de discurso a que pertencem as doutrinas de justificação do direito penal ou da pena em geral e as justificações (ou não justificações) deste ou daquele ordenamento penal ou deste ou daquele concreto instituto punitivo.

Com base na Lei de Hume, se, por um lado, as teorias explicativas não são sustentáveis nem desmentíveis com argumentos normativos extraídos de escolhas ou juízos de valor, mas somente com base na observação e na descrição daquilo que de fato acontece, por outro as doutrinas normativas não são sufragáveis nem refutáveis com argumentos construídos por meio da observação, mas somente com base na conformidade ou desconformidade destes com os valores. Deste fato deriva que a argumentação de um determinado objetivo como justificante do direito penal, se é válido para sufragar uma doutrina normativa de justificação do direito penal, não comporta, de outra parte, que o objetivo conferido seja concretamente satisfeito e o direito penal justificado. E ainda, mas inversamente, a afirmação de que tal objetivo não é satisfeito constitui uma crítica que se dirige ao direito penal e não à doutrina normativa de justificação, às práticas punitivas – legislativas e judiciárias –, enquanto desatendem às finalidades que as justificam, e não aos seus modelos justificativos.³ Se as normas nada nos dizem sobre aquilo que de fato acontece, os fatos também nada nos dizem sobre os valores das normas.

Nestes moldes, podemos caracterizar as *doutrinas de justificação* como discursos normativos *sobre* a justificação, vale dizer, sobre os objetivos justificantes, e as *justificações* (ou *não justificações*) como discursos assertivos acerca da correspondência (ou não correspondência) entre as finalidades normativamente assumidas e as funções assertivamente explicadas e reconhecidas. Os discursos sobre (ou doutrinas de) justificação são, com efeito, voltados para a argumentação dos *critérios de aceitação* dos meios penais em relação aos fins a estes conferidos. Os discursos de justificação (ou justificações) são, ao contrário, voltados para a argumentação da aceitação dos meios penais enquanto constatados como funcionais aos objetivos aceitos como justificantes. Os primeiros pertencem a um nível metalingüístico em relação àquele ao qual pertencem os segundos. Precisamente, enquanto as doutrinas de justificação constituem discursos que têm por objeto as próprias justificações, ou seja, a validade ético-política dos objetivos com os quais se justificam o direito penal e as penas, as justificações (ou não justificações) são discursos assertivos que têm por objeto o próprio direito penal e as penas, e, mais especificamente, o fato de que os mesmos satisfaçam ou não o objetivo ou objetivos previamente assumidos como justificadores com base na doutrina de justificação adotada.

O defeito epistemológico que normalmente aflige as justificações da pena sugeridas pelas doutrinas de justificação – e, em particular, pelas doutrinas utilitaristas – é a confu-

são entre os dois níveis de discurso ora distinguidos. Em razão desta confusão, as doutrinas normativas de justificação são, quase sempre, apresentadas diretamente como justificações. Disto deriva a apresentação de justificações apriorísticas, não deste ou daquele ordenamento penal, ou deste ou daquele seu instituto em particular, mas, sim, do direito penal ou da pena enquanto tais, vale dizer, da *idéia* de direito penal ou de pena. Neste caso, a violação da Lei de Hume diz respeito não à doutrina de justificação, mas à própria justificação. Da doutrina normativa, que indica um determinado objetivo como critério de justificação da pena ou do direito penal em geral, deduz-se, com efeito, que as penas ou os ordenamentos penais concretos satisfazem de fato tal objetivo, e, portanto, se justificam. O resultado é uma *falácia normativista* totalmente idêntica àquela da confusão dos objetivos com as funções, na qual incorrem as doutrinas ideológicas normativistas. Realmente, as justificações são fornecidas posteriormente, com base na correspondência definida entre os objetivos justificadores e as funções efetivamente realizadas. Sempre que uma justificação for apriorista, ou seja, prescindida da observação dos fatos justificados, esta decai para a condição de ideologia normativista, ou seja, idealista. Em um vício ideológico simétrico àquele que aflige muitas doutrinas de justificação da pena incorrem também muitas doutrinas abolicionistas que contestam o fundamento axiológico daquelas, com o argumento assertivo de que a pena não satisfaz, de fato, os objetivos a ela creditados, tais como prevenir os delitos, reeducar os condenados, chegando mesmo a ter uma ação criminógena oposta aos objetivos indicados como suas justificações. Em princípio e por sua vez, tais críticas são viciadas pela *falácia naturalista*, sendo impossível que se extraia de tais argumentos assertivos tanto a rejeição como a aceitação de proposições prescritivas. Existe um único caso no qual elas são pertinentes, qual seja quando argumentam não apenas com a não realização, mas, sim, com o fato de que o objetivo indicado como justificante é irrealizável empiricamente. Passemos às doutrinas que conferem à pena a finalidade retributiva de *reparar* o delito passado ou o objetivo preventivo de impedir *qualquer* delito futuro, ou seja, objetivos manifestamente inatingíveis.⁴ Neste caso, entretanto, não estamos diante de doutrinas propriamente normativas, mas, sim, de ideologias viciadas pela falácia normativista, e, considerando que condição de sentido de qualquer norma é a possibilidade alética de que esta seja observada (além de violada),⁵ se esclarecemos que a finalidade prescrita não pode ser materialmente realizada e ainda assim assumimos a sua possível realização como critério normativo de justificação, isto significa que a tese da possível realização, contraditória com aquela da impossibilidade de realização, derivou da norma, violando a Lei de Hume.

3. As condições metaéticas da justificação. A justificação *a posteriori*

A esta altura podemos traçar os requisitos éticos de um modelo de justificação da pena capaz de esquivar-se dos vários tipos de falácia – naturalista e normativista – até o momento prospectados, e, conseqüentemente, de não decair ao nível de ideologia de legitimação apriorística. Tais requisitos, em parte já indicados no parágrafo 20.1, são de dois tipos e correspondem, respectivamente, às duas classes de distinção ora realizadas.

A primeira ordem de requisitos diz respeito à avaliação do objetivo penal justificante e dos meios penais a serem justificados, e tem como pressuposto a distinção entre doutrina de justificação adotada pelas teorias, quer jurídicas, quer sociológicas, das motivações e das funções da pena. Para que sejam precluídas autojustificações ideológicas de direito penal e das penas viciadas pela falácia naturalista, faz-se mister, em primeiro lugar, que o

objetivo seja reconhecido e partilhado como um *bem extrajurídico*, ou seja, externo ao direito, e, em segundo lugar, que o meio jurídico seja reconhecido como um *mal*, isto é, como um custo humano e social que, exatamente em razão desta característica, deve ser justificado. Somente assim é assegurada a autonomia do ponto de vista axiológico externo daquele externo de tipo sociológico e daquele interno de tipo jurídico, bem como evitada a petição de princípio que comprime a justificação sob a descrição, o objetivo sob as funções ou sob os efeitos jurídicos, o dever ser sob o ser do direito. Uma doutrina não inconsistente de justificação da pena pressupõe, portanto, a aceitação do postulado juspositivista da separação do direito da moral, de modo que nem o delito seja considerado como um mal em si *quia prohibitum*, nem a pena seja considerada como um bem em si *quia peccatum*. Isto comporta o ônus de uma correlata doutrina de justificação das proibições, de forma que as justificações das penas suponham aquelas das proibições e não possam ser ofertadas sem uma preventiva fundação ético-política dos bens tutelados pelas mesmas.

A segunda ordem de requisitos diz respeito às relações entre meios e fins penais, e tem como pressuposto a distinção entre as justificações ou não justificações prestadas e as doutrinas de justificação adotadas. Para que uma doutrina de justificação não se preste a ser utilizada diretamente como justificação apriorística, viciada pela falácia normativa, é necessário, em primeiro lugar, que os meios sejam adequados aos fins, de tal modo que os objetivos justificadores do direito penal sejam empiricamente realizáveis com as penas e não realizáveis sem estas. Somente assim tornam-se possíveis justificações posteriores com base em investigações empíricas que excluam a impossibilidade de realização do objetivo justificante e lhe confiram um suficiente grau de realização. Em segundo lugar, para que o modelo de justificação proposto permita replicar de maneira convincente à provocação abolicionista e, de outra parte, à objeção moral kantiana, segundo a qual cada pessoa constitui fim em si própria, este também deve fazer seu o ponto de vista radicalmente externo dos destinatários das penas para que, inclusive aos olhos deles, resulte congruente e consistente o relacionamento empírico entre meios penais e fins extrapenais e nenhum deles seja tratado como uma coisa ou um “puro meio” para fins que não são seus. E, a tal escopo, necessário se faz que fins e meios sejam homogêneos entre si, de maneira que o mal causado pelas penas seja confrontável com o bem perseguido como fim, sendo-lhe justificável não apenas a necessidade, mas também a natureza e a medida como males ou custos menores em relação à falta de satisfação do fim.

Um modelo de justificação que satisfaça estas duas ordens de requisitos é capaz de embasar não apenas justificações, mas também – dependendo do caso – não justificações das penas e dos sistemas penais. Este pode, pois, funcionar como modelo ou doutrina não apenas de legitimação, mas também de deslegitimação ético-política do direito penal. No mais, isto é o que evidencia uma doutrina ou modelo de justificação quando comparada com uma ideologia de legitimação, vale dizer, a sua idoneidade não tanto a justificar aprioristicamente, mas, sim, a indicar as condições em presença das quais o direito penal (ou um seu determinado instituto) é justificado e em ausência das quais não se justifica. Se, realmente, uma doutrina permitisse justificar tudo, esta seria uma ideologia realista, ao passo que, se não permitisse justificar nada, seria uma ideologia idealista. Via de consequência, as justificações prestadas com base em uma doutrina de justificação da pena devem consistir em justificações *relativas e condicionadas* para que, por seu turno, não decaiam à condição de operações de legitimação apriorística e, conseqüentemente, ideológica. Precisamente, estas serão justificações *a posteriori*, parciais e contingentes, posto que

resultantes da verificação de um satisfatório grau de realização do bem extrajurídico assumido como objetivo e da comensuração ao mesmo dos meios penais justificados. Ademais, serão perfeitamente compatíveis com não justificações e hipóteses de reforma ou de abolição – igualmente, *a posteriori*, parciais e contingentes – do sistema penal avaliado ou de seus institutos individualmente considerados.

Compreende-se, de outra parte, que a não justificação em concreto de um sistema penal ou de uma pena, se não é suficiente para refutar a doutrina de justificação com base na qual é formulada, não é nem mesmo suficiente para sufragar uma doutrina abolicionista, equivalendo apenas a um projeto de abolição ou de reforma do sistema ou do instituto penal não justificado. Para que uma doutrina abolicionista seja, por seu turno, consistente e não decaia ela própria à categoria de ideologia, mister se faz que os requisitos supra-indicados como necessários para um modelo de justificações sejam considerados não apenas insatisfeitos, mas, também, impossíveis de virem a sê-lo. Em outras palavras, que nenhum objetivo extrapenal seja por esta moralmente compartilhado ou considerado empiricamente realizável, ou que nenhum meio penal seja considerado moralmente aceitável ou empiricamente congruente e comensurável ao escopo.

4. Abolicionismo ideológico e justificacionismo ideológico

Se ora analisarmos – como no nosso esquema metaético de justificações, e prescindindo das críticas diretamente éticas desenvolvidas no capítulo precedente – as doutrinas abolicionistas e justificacionistas elaboradas através da história do pensamento penal, poderemos dizer que estas, em razão de defeito de alguns dos requisitos epistemológicos ora indicados, ou são doutrinas intrinsecamente ideológicas ou se prestam a serem utilizadas para confirmar propostas abolicionistas ou justificações, por sua vez, ideológicas.

Prestam-se, seguramente, a embasar ideologias naturalistas ou normativistas igualmente utópicas e regressivas, tanto o abolicionismo radical de Stirner quanto o abolicionismo holístico de tipo anárquico e moralista. Em ambos os casos, como dissemos no parágrafo 18.3, o modelo normativo abolicionista resulta ligado a hipóteses jusnaturalistas, com a diferença de que a lei do mais forte que caracteriza a sociedade do *bellum omnium* auspicada por Stirner constitui mais uma lei natural *descritiva* (o mais forte tem razão – no sentido que prevalece – sobre o mais fraco) que um princípio normativo, de maneira que a sua valorização axiológica resulta ser o fruto de uma falácia naturalista.⁶ Confirmam tal fato as aporias lógicas nas quais se envolve o amoralismo stirneriano. O princípio amoral do egoísmo absoluto e aquele conexo do valor da força por aquele introjetados como princípios axiológicos não podem funcionar como tais, posto que estes, não justificando nenhuma constrição e, ao mesmo tempo, justificando toda e qualquer constrição, são “deonticamente” inconsistentes e comportam a negação lógica de qualquer axiologia. Vice-versa, o modelo da espontânea auto-regulamentação social, que marca a sociedade perfeita sonhada pelas várias versões do abolicionismo holístico, não é uma previsão científica, mas um modelo *normativo* irremediavelmente utópico, idôneo a avalizar sistemas sociais repressivos totalizantes, que, somente graças a uma falácia normativista, podem ser descritos como livres de constrições e coerções.

Uma crítica mais articulada, senão por outra razão, pela maior variedade das suas orientações filosóficas, merecem as doutrinas justificacionistas. Falamos da freqüente confusão entre ponto de vista externo da justificação e ponto de vista externo da explicação, bem

como entre as doutrinas de justificação e justificações, ou das falácias opostas que delas derivam, quais sejam de um lado a falácia naturalista consistente no adotar como justificação uma explicação e, portanto, na valorização de um sistema penal para as funções por este de fato perseguidas ou satisfeitas e, de outro, a falácia normativista consistente na adoção, a título de justificação, de uma doutrina de justificação, e portanto na assunção, como funções de fato perseguidas ou satisfeitas pelo direito penal, dos objetivos ao mesmo “deonticamente” conferidos. Podemos agora precisar que nas doutrinas penais justificacionistas falta, em razão de tais confusões, uma ou outra das duas ordens de condições epistemológicas exigidas pelo nosso modelo metaético da justificação.

Acusam a falta da primeira das nossas duas ordens de requisitos tanto as doutrinas chamadas “absolutas” ou “retributivistas”, como aquelas da “prevenção positiva”. Com efeito, em ambos os casos, a pena (como, no mais, a proibição), não é justificada pelos objetivos extrapunitivos, mas, sim, pelo valor intrínseco associado à sua irrogação, configurada como um bem em si e como um fim em si própria para o valor intrínseco, e não extrapenal, de igual modo associado à proibição. Na base destas concepções da pena existe sempre, como demonstramos, uma confusão entre direito e moral, seja nas doutrinas de ascendência kantiana da pena como “retribuição ética” justificada pelo valor moral tanto do imperativo infringido como do castigo infligido, seja nas doutrinas de inspiração hegeliana da pena como “retribuição jurídica” justificada pela necessidade de reintegrar, com uma violação oposta ao delito, o direito violado, concebido por sua vez como valor moral ou “substância ética”, seja nas doutrinas pedagógicas e funcionalistas da “prevenção-integração”, que justificam a pena com o valor intrínseco das instâncias de conservação e reforço dos sentimentos de fidelidade ao direito, seja, por derradeiro, nas doutrinas correccionistas de inspiração católica ou positivista, que chegam a conceber o delito como doença moral ou natural e a pena como “medicina” da alma ou “tratamento” terapêutico. Em todos os casos, o meio punitivo é identificado com o objetivo, ou seja, é concebido como um bem que constitui fim em si próprio, e a justificação da pena, explicando-se em uma legitimação apriorística e incondicionada, reduz-se a uma petição de princípios. Estas doutrinas, variadamente éticas, são, por via de consequência, ideológicas em ambos os sentidos já ilustrados. Precisamente, as doutrinas retributivistas e integracionistas são ideologias naturalistas, vez que corroboram como objetivo o caráter retributivo e funcional da pena, que é um fato, confundindo-lhes a motivação jurídica, ou, pior ainda, a explicação da função com a justificação, e, assim, deduzindo o dever ser do ser. Vice-versa, as doutrinas correccionais da prevenção especial são ideologias normativistas, posto que conferem como função o objetivo correccional da pena, aceitando-o aprioristicamente como satisfeito, mesmo se de fato não realizado ou irrealizável, e, desta feita, deduzindo o ser do dever ser.

Mais complexa é a crítica metaética das doutrinas utilitaristas da prevenção negativa, seja geral, seja especial. Diferentemente daquelas retributivistas e daquelas da prevenção positiva, tais doutrinas têm o mérito de dissociar os meios penais, concebidos como males, dos objetivos extra-penais idôneos a justificar-lhes. E esta dissociação, como dissemos no parágrafo 20.1, é uma condição necessária a) para avaliar os custos representados pelas penas diante dos danos que estas têm o objetivo de prevenir, b) para impedir a autojustificação dos primeiros em razão da confusão entre direito e moral, c) para tornar possível a justificação, antes mesmo que da penas, das proibições penais, com base em finalidades externas à pena e ao direito penal. Por mais necessária que seja, esta condição não é, todavia, suficiente para embasar, no plano metaético, critérios de justificação idô-

neos não apenas a legitimar, mas também a deslegitimar as penas. E isto depende do fato de que o objetivo justificante proposto, inclusive por estas doutrinas utilitaristas, como dissemos no parágrafo 20.2, é *somente* a máxima utilidade possível dos não desviantes e *não também* o mínimo sofrimento necessário dos desviantes, de maneira que nenhuma pena resulta, em princípio, injustificada, não sendo de fato problematizado nem mesmo tematizado o custo das penas suportado por quem, com ou sem razão, a este se submete. É por isto que tais doutrinas se prestam a serem utilizadas diretamente como justificações, inclusive de sistemas de direito penal máximo, ideologicamente viciadas pela ausência do segundo tipo de requisitos metaéticos acima estabelecidos.

A assimetria entre objetivos justificantes que interessam aos não desviantes e meios justificados que atingem o interesse dos desviantes torna, de outra parte, incomensuráveis, nas doutrinas da prevenção negativa, os meios disponíveis e os fins perseguidos, e totalmente arbitrária a justificação do custo representado pelos primeiros com as utilidades representadas pelos segundos. Conseqüentemente, as justificações apriorísticas que as mesmas oferecem se expõem a uma dúplici ordem de críticas, ambas tanto éticas como meta-éticas, em razão do caráter a um só tempo ético e meta-ético dos princípios sobre os quais se baseiam. Por primeiro tais justificações, não sendo codivisíveis por aqueles que sofrem as penas, podem ser qualificadas, em contraste com o princípio da universalização dos juízos morais expressos através da primeira lei kantiana sobre a moral, como justificações *amorais*. Ademais, violando a segunda lei kantiana sobre a moral, com base na qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para um fim que lhe seja estranho, ainda que social e elogiável, estas podem ser, quando muito, qualificadas como justificações *imorais*.⁷

24. O DIREITO PENAL MÍNIMO. OS DOIS OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

1. A prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais

A análise feita no capítulo quinto das várias doutrinas da prevenção historicamente elaboradas confirmou o limite já apontado do tipo de utilitarismo que a todas é comum: a comissuração do objetivo utilitário da pena somente por meio do parâmetro beccariano e benthamiano da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas”. Em razão deste limite, que, por sua vez, depende do fato de que se confira à pena a finalidade única de prevenir os delitos, caracterizei o moderno utilitarismo penal como um *utilitarismo partido ao meio*, que diz respeito somente à máxima utilidade da maioria, exposto a tentações de autolegitimação autoritária e idôneo a fornecer critérios de deslegitimação, além daqueles de justificação, dos sistemas penais concretos e dos seus institutos singularmente considerados. Compreende-se que um utilitarismo como este, voltando o direito penal unicamente para a finalidade do *ne peccetur*, orienta-lhe as escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos. Ademais, aquilo que mais conta no plano metaético é que meios penais e os objetivos extrapenais dizem respeito a sujeitos diversos, revelando-se heterogêneos e não comissuráveis entre si, de maneira que os males representados pelos primeiros não são empiricamente comparáveis nem eticamente justificáveis através dos bens representados pelos segundos.

Para obviar estes defeitos e embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o

mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Este segundo parâmetro, para desenvolver o papel de objetivo justificante, ou, dependendo do caso, deslegitimante, não pode, entre-tanto, referir-se ao objetivo da prevenção dos delitos. Referindo-se a tal objetivo, como acontece no princípio iluminista da “pena mínima necessária”, rememorado no parágrafo 20.2, este revela-se um genérico critério de humanitário bom senso, totalmente privado de função limitativa, vale dizer, “seria” com base neste “*injusta*, porque gravosa, além do necessário, para aqueles que devessem suportá-la”, toda e qualquer pena “*excessiva*, ou seja, maior do que aquela *necessária* para tornar sem efeito os motivos do delito”.⁸ É claro que, visto sob este prisma, o princípio é relativamente estéril. Como observou Francesco Carrara, “impedir o delito em todos os delinquentes” é “impossível”, e tentar consegui-lo foi, quando muito, “a causa fatal da progressiva crueldade dos suplícios”.⁹ Com efeito, cada delito cometido demonstra, a rigor, que a pena prevista para o mesmo não foi de molde a preveni-lo e que, portanto, teria sido necessária uma maior. Claro está que se trata de um “argumento idiota” para inspirar as penas.¹⁰ Entretanto, o mesmo serve para demonstrar que os objetivos da prevenção, ou, ainda, somente o da redução dos delitos, não são suficientes para ditar o limite máximo das penas, mas, somente, o *limite mínimo*, abaixo do qual o mesmo não é adequadamente realizado e a sanção, como disse Hobbes, não constitui mais uma “pena”, mas, sim, uma “taxa”¹¹ totalmente privada de capacidade dissuasória.

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquentes contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendido “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais.

Tal concepção da pena não é estranha à tradição iluminista, onde, entretanto, foi apresentada como teoria explicativa da função em vez de doutrina normativa do objetivo, confundindo-se, em grande parte, com a interpretação da origem histórica da pena. Segundo uma idéia largamente difundida e de clara derivação jusnaturalista e contratualista, a pena é, por primeiro, o produto da socialização e, ao depois, da estatalização da vingança privada, concebida, por seu turno, como expressão do direito natural “de defesa” cabível a todo e qualquer homem, em estado natural, para a sua conservação. “*Natura igitur homini competit ius puniendi eum qui ipsum laesit*”, escrevia Christian Wolff.¹² E Locke, antes ainda, indicava no “*ius punitonis*” o conteúdo do “direito de defesa” cabível a todo e qualquer homem, em estado natural, para a própria autoconservação.¹³ Entretanto, foi exatamente sobre esta idéia que se baseou a tese da continuidade histórica e teórica entre pena e vin-

gança. Este é, evidentemente, um sofisma no qual caíram não apenas muitos retributivistas, mas, também, muitos utilitaristas – de Grócio a Feuerbach, de Filangieri, Romagnosi e Carrara à Escola Positiva¹⁴ –, os quais conceberam e justificaram o direito penal (não mais natural, mas, sim, positivo) de *defesa social*, com o qual teria se desenvolvido e aperfeiçoado o direito natural de *defesa individual*.

Esta tese deve ser derrubada. Ela não é uma tese explicativa, mas, sim, uma doutrina normativa. Com efeito, historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la. É bem verdade que a pena substituiu, nas origens do direito penal, a vingança privada, mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem tampouco justificável axiologicamente com a finalidade de melhor satisfazer o desejo de vingança, que, por si só, constitui uma “culpável e atroz paixão”,¹⁵ mas, ao contrário, com aquela de solucionar-lo e de prevenir-lhe as manifestações. Neste sentido, podemos bem dizer que a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança. O primeiro passo desta história ocorreu quando a vingança foi disciplinada como direito-dever privado a pesar sobre o ofendido e sobre o seu grupo de parentes, segundo os princípios da vingança de sangue e da regra do talião.¹⁶ O segundo passo, muito mais decisivo, aconteceu quando produziu-se uma dissociação entre juiz e parte lesada, e a justiça privada – as vinganças, os duelos, os linchamentos, as execuções sumárias, os ajustamentos de contas – foi não apenas deixada sem tutela, mas vetada. O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária.¹⁷ É por isto que cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização.

Isto não significa, naturalmente, que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos essencial do direito penal. Tal objetivo é, ao contrário, a razão de ser primeira, senão diretamente das penas, das proibições penais, as quais são dirigidas para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros associados. Significa, antes, que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. Os dois objetivos e os dois interesses são conflitantes entre si, e são trazidos pelas duas partes do contraditório no processo penal, ou seja, a acusação, interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias.

Dos dois objetivos, é o segundo, normalmente negligenciado, o mais característico e que mais merece ser evidenciado. Em primeiro lugar porque, enquanto dúvida a idoneidade do direito penal em satisfazer eficazmente o primeiro – não se podendo desconhecer as complexas razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizáveis apenas com o temor das penas (em vez das vinganças)¹⁸ – é, ao contrário, muito mais certa a sua idoneidade para satisfazer o segundo, mesmo se somente por meio de penas modestas pouco mais que simbólicas. Em segundo lugar porque, enquanto a pre-

venção dos delitos e as exigências de segurança e de defesa social sempre estiveram no ápice dos pensamentos do legislador e das demais autoridades públicas, o mesmo não se pode dizer no que tange à prevenção das penas arbitrárias e das garantias do acusado. Em terceiro lugar, e sobretudo, porque somente o segundo objetivo, e não também o primeiro, é, ao mesmo tempo, necessário e suficiente para fundar um modelo de direito penal mínimo e garantista como aquele formalizado pelo nosso sistema SG. Mais ainda: somente o segundo objetivo, ou seja, a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, é válido para distinguir o direito penal dos outros sistemas de controle social – de tipo policialesco ou disciplinar, ou talvez até terrorista – que, de forma mais ágil e provavelmente mais eficiente, teriam condições de satisfazer o objetivo da defesa social, em relação ao qual o direito penal mais do que um meio revela-se um custo, ou ainda, em se desejando, um luxo próprio das sociedades evoluídas.

2. O direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei do mais fraco

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.

É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.

Esta legitimidade, como mostrarei nos parágrafos 37 e 57, não é “democrática” no sentido que não provém do consenso da maioria. É, sim, “garantista”, e reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. “Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

Acredito que somente concebendo desta forma o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites – e, conseqüentemente, dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado. Com efeito, poderíamos dizer que um sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Naturalmente, um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como *mal menor* – ou seja, somente se menor, menos afliitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*.

3. Um novo modelo de justificação

O modelo normativo de justificação que aqui tracei satisfaz todas as condições de adequação ética e de consistência lógica exigidas, no plano metaético, no parágrafo anterior. Em primeiro lugar, voltando o direito penal para o único objetivo da prevenção geral negativa – das penas (informais) além do que dos delitos – este exclui a confusão do direito penal com a moral que caracteriza as doutrinas retributivistas e aquelas da prevenção positiva, e, portanto, lhes preclui a autolegitimação moralista, ou naturalista, ou sistemicamente auto-referencial.

Em segundo lugar, responde tanto à pergunta “por que proibir?” como àquela “por que punir?”, impondo às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade. Isto não quer dizer, frise-se, justificar o conteúdo das proibições individualmente consideradas, ou a qualidade ou quantidade das penas previstas e irrogadas, mas apenas e tão somente oferecer critérios de justificação e, ao mesmo tempo, de orientação, do poder proibitivo enquanto instrumento de seleção dos interesses a serem protegidos e de disciplina das reações às suas ofensas. Serão estes critérios que consentirão impostar, nos próximos capítulos, as questões do “quando” e do “como” proibir e punir, com base em um balanceamento, relativo ao problema empírico da eficácia preventiva e aquele axiológico da justificação, entre os danos prevenidos e aqueles provocados pelas penas.

Em terceiro lugar, conferindo ao direito penal o objetivo de minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela), quer dos direitos dos desviantes, quer dos direitos dos não desviantes, o nosso esquema preclui autojustificações apriorísticas de modelos de direito penal máximo, consentindo somente justificações, *a posteriori*, de modelos de direito penal mínimo. Em particular, ele reconhece que a pena, em razão do seu caráter afliitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais afliitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.

Em quarto lugar, o mal das punições excessivas ou arbitrárias é homogêneo àquele que as penas representam, de maneira que é possível, em princípio, comparar este com aquele, bem como avaliar-lhes, nestas bases, a justificação ou não justificação. E isto basta para que a eventual justificação não entre em conflito com o princípio ético kantiano – que é também um critério metaético de homogeneidade e comparação entre meios e fins –, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como uma coisa, ou seja, como um meio para um fim que não lhe pertence. A pena, com efeito, como já dissemos, é justificada não apenas *ne peccetur*, ou seja, no interesse de outros, mas, também, *ne punietur*, vale dizer, no interesse do réu a não sofrer suplícios maiores.

Por derradeiro, o nosso modelo de justificação consente uma réplica persuasiva, mesmo se condicionada, contingente, setorial e problemática, às doutrinas normativas abolicionistas. Se, de fato, tais doutrinas evidenciam os custos do direito penal, o modelo de justificação aqui apresentado evidencia os custos, de um mesmo tipo mas virtualmente mais elevados, que podem advir não apenas para as pessoas em geral, mas, inclusive para os réus, da anarquia punitiva conseqüente à ausência do direito penal. Estes custos, como dissemos no parágrafo 18.3, são de dois tipos e não necessariamente se excluem entre si, quais sejam aquele do abandono do sistema social ao *bellum omnium* e às reações selvagens e desregradas às ofensas, com inevitável prevalência do mais forte em dano da segurança geral, e aquele da regulamentação disciplinar da sociedade, em condições de prevenir as ofensas e as reações às ofensas com meios diversos e talvez mais eficazes que as penas, mas, seguramente, mais onerosos para a liberdade de todos. São estas alternativas abolicionistas que ora devemos analisar para isentar do ônus da justificação, com base no esquema utilitarista aqui formulado, aquele que chamei “direito penal mínimo” e precisar, com maior exatidão, o sistema de garantias que o define.

25. JUSTIFICAÇÃO E GARANTISMO

1. O direito penal e suas alternativas: sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar

A análise das duas hipóteses abolicionistas ora recordadas representa o melhor banco de provas para os nossos critérios de justificação de um sistema penal. Podemos distinguir, dentro de cada uma destas hipóteses, dois tipos de alternativas, dependendo do fato de estas confiarem-se a mecanismos de controle espontâneos ou institucionais. Conseqüentemente, em hipótese, há, em alternativa ao direito penal, quatro possíveis sistemas de controle social, nem todos entre si incompatíveis, mas em igual medida privados de

qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio. São eles: a) os sistemas de controle *social-selvagem*, que vêm historicamente expressos em todos os ordenamentos arcaicos onde a reação à ofensa vem confiada não à pena, mas, sim, à vingança individual ou por força de parentesco, como as vinganças de sangue, os duelos, e outros similares, com livre espaço para a lei do mais forte; b) os sistemas de controle *estatal selvagem*, tais como aqueles historicamente realizados quer em ordenamentos primitivos de caráter despótico, quer em muitos ordenamentos autoritários modernos, onde a pena é distribuída com base em procedimentos potestativos orientados pelo arbítrio ou pelos interesses contingentes de quem a comina, sem garantias que tutelem o condenado; c) os sistemas de controle *social-disciplinar*, ou auto-regulamentados, também característicos de comunidades primitivas, mas, em geral, de todas as comunidades fortemente ideologizadas e éticas, sujeitas à ação de rígidos conformismos, operantes em formas autocensuráveis, bem como às pressões de observadores coletivos, de policiamentos morais, de “panoptismos” sociais difusos, de implacáveis perseguições de opiniões, de ostracismos e de demonizações públicas; d) os sistemas de controle *estatal-disciplinar*, que são um produto tipicamente moderno e, sobretudo, um perigo futuro, caracterizados pelo desenvolvimento das funções preventivas de segurança pública, mediante técnicas de vigilância total, tais como aquelas consentidas para a espionagem dos cidadãos pelas potentes polícias secretas, bem como dos atuais sistemas informáticos de controle audiovisual e de fichamento generalizado.

Estes quatro sistemas – sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar – correspondem a outras tantas alternativas abolicionistas, potencialmente iminentes sempre que entra em crise o direito penal, cujo objetivo justificante, para aqueles que não se sentem atraídos por tais sistemas, identifica-se precisamente na prevenção dos mesmos. O último destes sistemas é o mais alarmante, em razão da sua capacidade de conviver, insidiosamente, inclusive com as democracias modernas. É bem possível eliminar ou reduzir ao máximo os delitos por meio de uma limitação preventiva da liberdade de todos, fazendo uso de carros-tanques nas ruas e com policiais às costas dos cidadãos, mas também – mais modernamente e discretamente –, com o uso de câmeras nos lugares de trabalho e de divertimento, mediante interceptações telefônicas e de todo o aparato de técnicas informáticas e telemáticas de controle à distância que tornam possível um *panopticon* social muito mais minucioso e penetrante do que aquele carcerário concebido por Bentham e idôneo não apenas a desenvolver funções de prevenção dos delitos, mas também de governo político da sociedade. Com relação a um sistema assim invasivo, que bem pode combinar-se com medidas de prevenção especial em relação a quem for considerado perigoso, a defesa do direito penal equivale à defesa da *liberdade física* de transgredir, vez que vetada “deonticamente” e não materialmente impossibilitada. E o direito penal, com aparente paradoxo, configura-se como uma técnica de controle que garante, com a liberdade física de infringir a lei pagando o preço da pena, a liberdade de todos. Com efeito, é evidente que a proibição e a repressão penais produzem restrições da liberdade incomparavelmente menores do que aquelas que seriam necessárias, para o mesmo fim, somente com a prevenção policial, talvez integrada pela prevenção especial, seja porque a repressão dos comportamentos proibidos atinge somente a liberdade dos possíveis transgressores e a prevenção policial atinge a de todos, seja porque uma intervém apenas *ex post*, em presença de fatos predeterminados, enquanto a outra intervém *ex antea*, bastando a presença do perigo de futuros delitos, perigo este que pode ser inferido por indícios indeterminados e indetermináveis normativamente.

Mas o direito penal não garante somente a liberdade física ou objetiva de delinquir ou não; garante também a *liberdade moral* e subjetiva da transgressão, que, ao contrário, é impedida pela terceira alternativa abolicionista, qual seja aquela do controle social-disciplinar baseado na interiorização da repressão e no temor, mais do que das penas, das censuras coletivas informais, as quais podem ser bem mais paralisantes do que as sanções penais. “A sanção penal”, escreve Filangieri, “é aquela parte da lei com a qual se oferece ao cidadão a escolha entre a satisfação de um dever social, ou a perda de um direito social”,¹⁹ e que representa “um desagradável freio” à “nativa paixão” que a sociedade não pode destruir,²⁰ e não um meio de homologação das consciências e de destruição ou normalização disciplinar das paixões e dos desejos. Ao mesmo tempo, no que tange ao aspecto invasivo dos controles sociais informais, a pena formalizada garante o respeito à pessoa, salvaguardando-a de pretensões de socialização forçada, bem como de estigmas e de censuras morais. Nesta perspectiva, constitui uma alternativa às penas infamantes pré-modernas – como, v.g., a exposição ao público com um cartaz pendurado no peito ou nas costas ou ainda dentro de jaulas ou similares – voltadas, essencialmente, a humilhar o culpado, solicitando-lhe a reprovação social. E, ainda por este aspecto, corresponde ao reclamo iluminista que se inscreve no processo de laicização do direito penal moderno. “Existe uma categoria de penas”, escrevia Humboldt, “que deveria ser completamente abolida, qual seja a marca da infâmia. A honra de um homem, a estima que os seus concidadãos possam ter dele, não se submetem à autoridade do Estado”.²¹ “Terminada a pena”, afirmou de modo ainda mais radical Morelly, em seu *Code de la nature*, “será proibido, a qualquer cidadão, fazer a menor reprovação à pessoa que a cumpriu ou aos seus parentes, informá-la a pessoas que a desconheciam e, também, demonstrar o mínimo desprezo pelos culpados, tanto na presença como na ausência dos mesmos, sob pena de sofrer a mesma punição”.²²

Se, no que tange às duas alternativas abolicionistas representadas pelos sistemas disciplinares, as formas jurídicas da proibição e da pena se justificam enquanto técnicas de controle que exponenciam a *liberdade* de todos, no que concerne às duas alternativas representadas pelos sistemas selvagens as mesmas se justificam enquanto técnicas que, compativelmente com a liberdade, exponenciam a *segurança* geral, inclusive aquela dos réus. O duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias. Destes dois sistemas punitivos, que chamei de “selvagens”, o primeiro pertence a uma fase primordial da nossa história, mesmo considerando que não devemos negligenciar a sua ressurreição em fenômenos modernos, tais como as polícias privadas, as esquadras de *vigilantes*, as justiças penais domésticas e, de uma forma geral, as relativas anarquia e autonomia punitiva presentes nas faixas sociais marginalizadas e periféricas, inclusive dos países evoluídos. O segundo, embora também corresponda a ordenamentos arcaicos de tipo pré-penal, é virtualmente imanente em todos os momentos de crise do direito penal, que a este regride sempre que se afrouxam os vínculos garantistas do poder punitivo e se alargam os seus espaços de arbítrio.

É evidente, se considerarmos as alternativas constituídas por estas quatro formas de repressão incontrolada ou oculta, a finalidade justificante do direito penal enquanto sistema racional de minimização da violência e do arbítrio punitivo, bem como da exponenciação da liberdade e da segurança dos cidadãos. A idéia de que um sistema racional de penas, embora sempre aflitivas, possua a finalidade de minimizar as penas informais e grandemente mais aflitivas que de outro modo se produziriam pode parecer um paradoxo somente para aqueles que tiverem esquecido o caráter “artificial” do direito penal a ponto de considerá-lo pouco mais que um fenômeno natural. O paradoxo, na verdade, está exatamente nas doutrinas abolicionistas de inspiração progressista, vez que o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva. O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

2. Práxis abolicionistas e utopia garantista

Infelizmente as quatro perspectivas abolicionistas ora ilustradas constituem, somente em parte, utopias, e, imaginar as mesmas não é, definitivamente, mero exercício intelectual proposto como argumento *a contrario* para satisfazer o ônus da justificação do direito penal. Estes quatro sistemas, ainda que alternativos, convivem sempre, de qualquer modo, com cada direito penal positivo, precisamente à medida que é carente no plano normativo e/ou violado no plano operativo o conjunto de garantias que lhes definem e justificam as formas mínimas em tutela dos direitos fundamentais. Assim, teremos a oportunidade de ver, na quarta parte, que a bifurcação enunciada na introdução entre princípios normativos e práxis efetivas de um concreto sistema penal, como é, *v.g.*, aquele italiano, manifesta-se em contradições totais ou parciais dos primeiros em favor de institutos e praxes antigarantistas, que, de várias formas, refletem os sistemas de controle selvagem ou aqueles disciplinares. Abolicionismo e justificacionismo apriorísticos revelam-se, em resumo, para as hipotecas ideológicas que recaem sobre ambos, paradoxalmente convergentes na legitimação daquele obsoletismo do direito penal no qual a realidade parece concorrer com a utopia.

Com efeito, se observarmos o funcionamento efetivo dos ordenamentos penais, e, exemplarmente, daquele italiano, são a “abolição” da *pena* e a justificação para seu lugar de instrumentos de controle extrapenais que se manifestam, hoje, como os fenômenos mais inquietantes. A pena em sentido próprio – ou seja, enquanto sanção legal *post delictum* e *post iudicium* – representa, sempre mais, na Itália, uma técnica punitiva secundária. A prisão preventiva e, de outra parte, o processo como instrumento espetacular de estigmatização pública antes da condenação acabaram por tomar o lugar da pena enquanto sanções primárias do delito ou, mais precisamente, do suspeito autor do delito. E o cárcere passou a ser, em muito maior escala, um lugar de trânsito ou de custódia cautelar, como era na Idade Pré-moderna, do que um lugar de cumprimento de pena. De outra parte, paralelamente ao sistema penal ordinário e ao seu desordenado conjunto de garantias, uma ininterrupta tradição policialesca ligada à época pós-unitária, desenvolvida pelo fascismo e posteriormente pela recente legislação de emergência, erigiu, progressivamente, um sis-

tema punitivo especial, de caráter não penal, mas substancialmente administrativo. A propósito, passemos ao amplo leque de sanções *extra*, *ante* ou *ultra delictum* e *extra*, *ante* ou *ultra iudicium*, representado pelas medidas de segurança, medidas de prevenção e de ordem pública e medidas cautelares de polícia, por meio das quais funções substancialmente judiciárias e punitivas são confiadas a órgãos policiais, ou de qualquer modo exercitadas em formas discricionárias ou administrativas.

Nestas condições, falar de função da pena – retributiva, reeducativa ou preventiva – corre o risco de resultar irreal, não por defeito das funções, mas, antes mesmo, do meio que estas funções deveriam assegurar. Os sistemas punitivos modernos se encaminham – graças às suas contaminações policiaescas e à quebra, mais ou menos excepcional, das suas formas garantistas – para uma transformação em sistemas de controle sempre mais informais e sempre menos penais, de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal da nossa época. Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial e imperfeito.

O problema axiológico da justificação volta a identificar-se, pois, como na época iluminista, com o problema das garantias penais e processuais, ou seja: aquele das técnicas normativas mais idôneas para minimizar a violência punitiva e aquele de exponenciar ao máximo a tutela dos direitos, que são precisamente os objetivos – jamais perfeitamente realizáveis, de fato amplamente irrealizados, mas, contudo, não totalmente irrealizáveis – que, por si só, justificam o direito penal. Existe, pois, uma correspondência biunívoca entre justificação externa ou ético-política e garantismo penal. Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas *garantias* se configuram, portanto, como outras *condições de justificação* do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes.

Obviamente, isto quer dizer que, para tais objetivos, não se justificam meios violentos alternativos ao direito penal e às suas garantias, nem tampouco que o direito penal é o único meio, e nem mesmo o mais importante, para prevenir os delitos e reduzir a violência arbitrária. Ao contrário, o progresso de um sistema político se mede pela sua capacidade de simplesmente tolerar a desviação enquanto sinal e produto de tensões e disfunções sociais não resolvidas, e, por outro lado, de preveni-la sem meios punitivos ou não liberais removendo-lhe as causas materiais.²³

Em tal perspectiva é obviamente possível a abolição daquela específica pena – inutilmente aflitiva e até mesmo criminógena – que é a reclusão carcerária. E é de bom agouro, de forma mais geral, a redução quantitativa da intervenção penal, paralelamente à superação daqueles que Marx chamava “os anti-sociais lugares de nascimento do delito”,²⁴ pela instauração de garantias jurídico-sociais de vida e de sobrevivência, idôneas a remover as raízes estruturais da desviação de subsistência, pela eliminação dos fenômenos de desagregação e de marginalização social de que se alimentam as subculturas criminais, pelo desenvolvimento da democracia e da transparência dos poderes públicos e privados, cujo caráter oculto e incontrolado está na origem de grande parte da atual criminalidade econômica e administrativa. Entretanto, esta redução do direito penal somente possui justi-

ficativa se atinente à intervenção punitiva em si, e não à sua forma jurídica. Enquanto existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que incidam sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos, a sua justificação residirá, unicamente, no sistema de garantias penais e processuais que lhe assistirão. Mesmo em uma improvável sociedade perfeita do futuro, na qual a delinquência não existisse, ou, pelo menos, não se advertisse a necessidade de reprimi-la, o direito penal, com todos os seus códigos de garantias, deveria, contudo, remanescer somente para aquele caso que poderia, excepcionalmente, produzir-se de reações institucionais coativas a um fato delituoso.

3. Justificações condicionais, condições de justificação e garantias. Garantismo e deslegitimação

Diferentemente das justificações utilitaristas, examinadas no capítulo precedente, que sustentam todos os modelos de direito penal máximo, o esquema justificativo aqui elaborado serve para embasar somente modelos de direito penal mínimo, no triplice sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, a começar pelo inteiro sistema das medidas *extra delictum* e/ou *extra iudicium*. Tal se deve à sua atenção a um lado do problema penal normalmente negligenciado, qual seja o custo social das penas, e, de um modo geral, dos meios de prevenção dos delitos, que pode ser superior ao próprio custo das violências que estas têm como finalidade prevenir. A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina “justiça penal”, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos.²⁵

A primeira consequência da adoção de tal esquema justificativo é que este não fornece uma justificação em abstrato do direito penal, mas, simplesmente, consente a justificação dos sistemas penais concretos em diferentes graus, dependendo da sua maior ou menor aderência ao modelo de direito penal mínimo e garantista projetado, propondo-se, portanto, como parâmetro não apenas de justificação, mas também – e sobretudo – de deslegitimação. Com base no mesmo, nenhum sistema penal é aprioristicamente justificado. Por exemplo, não o são os sistemas despóticos que abundam na história antiga e recente do direito penal, admitindo-se que queiramos considerá-los “penais” em vez de “pré-penais”. Possuem escassa justificação muitos ordenamentos evoluídos que deixam espaço livre, mesmo que excepcional e setorialmente, ao arbítrio punitivo. O papel insubstituível de uma criminologia crítica, sob esta ótica, não é tanto (ou não somente) aquele da crítica às doutrinas e às ideologias de justificação quanto aquele da análise empírica dos concretos ordenamentos penais – das suas leis, e, principalmente, das suas praxes – como base das suas justificações, ou mesmo das suas deslegitimações, tanto uma como a outra *a posteriori*.

A segunda consequência é que cada justificação é histórica e sociologicamente relativa, sendo condicionada pelo nível de civilidade dos ordenamentos de que se ocupa. Em uma sociedade bárbara, onde o índice de violência é alto, tanto no que tange às ofensas como no que tange às propensões vindicativas, será relativamente alta também a violência institucio-

nal necessária para a prevenção, ao passo que, em uma sociedade evoluída e tolerante, onde a taxa de violência seja baixa, não se justifica um direito penal particularmente severo. A amenidade das penas, dizia Montesquieu, condiz com as sociedades civilizadas.²⁶ E acrescentava Beccaria: “Mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os ânimos endurecidos de um povo que tenha apenas saído do estado selvagem.”²⁷ A gravidade e a quantidade das penas deve, substancialmente, ser comissurada à gravidade e à quantidade de violência que se expressa na sociedade, bem como ao grau de sua intolerabilidade social. E, sob este aspecto, é indubitoso que a sociedade contemporânea é incomparavelmente menos violenta que a sociedade, não digamos nem mesmo a medieval, dos séculos XVIII e XIX.²⁸

A terceira consequência é que este modelo permite não apenas, e não tanto, justificações globais, mas, sim, justificações de deslegitimações parciais e diferenciadas, tanto para normas individualmente consideradas como para institutos ou praxes de cada um dos ordenamentos. O seu interesse reside não no critério de justificação global, mas, sim, nos critérios de justificações e deslegitimações parciais que o mesmo sugere relativamente ao “quando” e ao “como” proibir, punir e julgar. Tais critérios consistem, como dissemos, nas diversas garantias penais contra o arbítrio, os excessos e os erros, para cuja elaboração teórica resta a principal tarefa de uma teoria garantista do direito penal enquanto doutrina axiológica de justificação e, ao mesmo tempo, de deslegitimação dos concretos sistemas penais.

NOTAS

⁽¹⁾ Prova disso é o fato de que o fim indicado pelas primeiras e a função descrita pelas segundas podem ser idênticos, sem que isso suponha nenhuma implicação entre as mesmas: é o caso já recordado das doutrinas expressivas da prevenção geral positiva e da teoria funcionalística da anomia e da pena de Émile Durkheim (*supra*, notas 175 e 176 do cap. 5), a qual foi justamente interpretada como a primeira crítica criminológica do direito penal (A. Baratta, *Criminologia crítica e critica del diritto penale*, cit., p. 20-21 e 57 e ss.). Mas, em geral, Baratta, no livro ora citado, contrapõe a cada uma das várias doutrinas axiológicas da justificação e do fim da pena, qualificadas por ele como ideológicas, outras tantas teorias criminológicas críticas. A contraposição é interessante, contanto que não se pretenda conceber as teorias criminológicas como refutações das doutrinas axiológicas. Isto também, como mostrarei, é um argumento falacioso: uma doutrina normativa, na verdade, não só não se respalda mas tampouco é refutável com argumentos (somente) afirmativos, com exceção do caso no qual represente objetivos irrealizáveis.

⁽²⁾ A palavra doutrina é aqui usada, em contraposição à teoria, para designar qualquer conjunto de asserções, de valorações e de argumentações dirigidas pragmaticamente a sustentar valorações ou preceitos. Neste sentido, que equivale àquele comumente associado à ideologia na literatura filosófico-jurídica (*supra*, nota 16 do cap. 4), o uso da palavra é totalmente acrítico. É, ao contrário, pejorativo, no sentido que exprime um desvalor – lógico, antes que prático – o uso da palavra ideologia, redefinida aqui como doutrina ou teoria falaciosa à medida que deduz prescrições de asserções ou então asserções de prescrições, violando, entretanto, a Lei de Hume. São por conseguinte doutrinas, ainda que na sua maior parte ideológicas, as respostas ético-normativas à pergunta “por que punir?” examinadas no capítulo anterior; e é igualmente uma doutrina, porque também normativa, o esquema de justificação do direito penal que proporei neste capítulo. Enquanto é um discurso teórico de metaética aquele desenvolvido neste parágrafo acerca de doutrinas de justificação do direito penal e da pena.

⁽³⁾ Discordando, portanto, de Alessandro Baratta, que critica como ideológicas todas as doutrinas cujo fim, de fato, resulta simplesmente irrealizado e também não irrealizável (Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale, *Dei delitti e delle pene*, 1985, 2). Tais doutrinas normativas, na realidade, não são por si só ideológicas, apesar de que – como veremos – se faz um uso ideológico das mesmas todas as vezes que aparecem, em vez de como critérios de justificação (e de deslegitimação), diretamente como justificações.

⁽⁴⁾ A irrealizabilidade do fim reparatório foi já levantada por Platão, com a óbvia consideração de que “o que foi feito não pode ser desfeito” (*Protagora* cit., 324b, p. 323). A irrealizabilidade do fim de prevenção de todos os delitos é trazida, entre outros, por G. Filangieri, *La scienza della legislazione* cit., liv. III, cap. XXVII, p. 505; por F. Carrara, *Programma. Parte speciale*, I, p. 22 e ss.; e por F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., V, p. 27. Entre as doutrinas intrinsecamente ideológicas poderíamos incluir também aquelas corretivas, sempre considerando que as finalidades corretivas da pena – deixando de lado a sua não aceitação moral – sejam não só não realizadas pelos atuais tratamentos carcerários, mas também, por causa da incompatibilidade entre educação e repressão, irrealizáveis.

⁽⁵⁾ Desenvolvi esta tese em *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., p. 522 e ss.

⁽⁶⁾ Basta pensar que de uma idêntica representação do Estado natural como *bellum omnium* e da mesma concepção do homem como indivíduo egoísta e violento Hobbes e Stirner trazem duas consequências normativas opostas: o dever natural de procurar a paz e de garanti-la por meio do artifício do Leviatã e o valor da anomia e da anarquia.

⁽⁷⁾ A primeira lei kantiana – “age de forma que a máxima da tua ação possa tornar-se uma lei universal” (I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it. de G. Vidari, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 1970, p. 239 e 247) – foi reformulada como tese metaética ou lógica da universalização dos juízos morais por R. M. Hare, *Freedom and reason* (1963), trad. it. de M. Borioni, *Libertà e ragione*, Il Saggiatore, Milano, 1971, p. 61 e ss. A segunda lei, lembrada no par. 22.4 – o homem nunca deve ser tratado como um puro meio a serviço dos fins de um outro e ser confundido com os objetos do direito real (I. Kant, op. cit., p. 164 e 333-334) –, pode ser igualmente vista como um princípio metaético de congruência e comensurabilidade entre meios e fins.

⁽⁸⁾ G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 466, p. 208. A pena mínima necessária se resolve desse modo, como se viu no par. 22.4, na pena eficaz: idem, par. 408, p. 180. Quando diz que a pena é necessária para reprimir o delito, o que se supõe? Não parece que se quer dizer que ela seja meio eficaz para obter um tal fim?; idem, par. 414, p. 181. Assim, dizendo que a pena é necessária para prevenir o delito, afirma-se essencialmente que ela deve ser um meio eficaz para delimitar suas causas, e o único meio eficaz para isso.

⁽⁹⁾ Sulla crisi legislativa in Italia, *Opuscoli di diritto criminale*, Giachetti, Prato, 1878, vol. II, p. 174. Cf. também *Programma. Parte speciale*, cit., p. 22-23.

⁽¹⁰⁾ “Era o frágil argumento de Vouglans” (*Programma. Parte generale*, cit., I, par. 619, nota, p. 605).

⁽¹¹⁾ *Leviatã*, cit., XXVII, p. 256-257, 258-259.

⁽¹²⁾ *Institutiones juris naturae et gentium* (1750), Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1969, par. 93, p. 48-49.

⁽¹³⁾ *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 7-11, p. 243-247.

⁽¹⁴⁾ U. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 3; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., VII, p. 114 e ss.; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXVI, p. 502-504; G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 56-58, p. 35-36; ibidem, par. 221-337, p. 107-142; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 598-612, p. 572 e ss.; E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 501 e ss.

⁽¹⁵⁾ F. Carrara, op. cit., par. 588, p. 567.

⁽¹⁶⁾ Sobre o fixo sistema de regras que nos vários ordenamentos primitivos disciplina a titularidade do direito-dever da vingança de sangue, os sujeitos contra os quais esta pode dirigir-se, as violações que são seus pressupostos, as condições que determinam sua extinção, as formas alternativas de composição, veja-se, por todos, A. E. Post, *Giurisprudenza etnologica*, cit., I, p. 199-228.

⁽¹⁷⁾ É o momento, celebrado nas *Eumenedi* de Ésquilo, da passagem da justiça doméstica à justiça da cidade mediante a instituição, por parte de Atenas, do Areópago, cujo veredicto sobre Orestes pôs fim à espiral da vingança de sangue. O primeiro documento histórico desta passagem na Grécia antiga é a lei de Drácon, emanada segundo Aristóteles durante o comando de Aristecmo, de 620-621 a.C. (La costituzione degli ateniesi, IV, 1, in *Política*, cit., p. 426), a qual, além de estabelecer para o homicídio a pena do exílio (salvo o perdão dos parentes do ofendido), proibiu a vingança privada, qualificando como homicídio a morte do exilado fora dos confins da cidade.

⁽¹⁸⁾ Sobre o problema da quantificação e sobre a inevitável incerteza do grau de eficácia dissuasiva da pena, vejamos os estudos sociológicos de I. Ehrlich, *The deterrent effect of criminal law enforcement*, *Journal of Legal Studies*, 1972, p. 258-274; idem, *Deterrence: evidence and inference*, *Yale Law Journal*, n. 85, 1975-76, p. 209-227; J. Gibbs, *Crime, punishment and deterrence question: some alternative methods of analysis*, *Social Science Quarterly*, n. 54, 1973, p. 534-551; F. Zimring e G. Hawkins, *Deterrence. The legal treat in crime control*, University Press, Chicago, 1983.

⁽¹⁹⁾ *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXVI, p. 502.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ W. Humboldt, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, cit., XIII, p. 126.

⁽²²⁾ Morelly, *Code de la nature* (1755), trad. it. de E. Piscitelli, *Codice della natura*, Einaudi, Torino, 1975, p. 162.

⁽²³⁾ O projeto da prevenção dos delitos por meios não punitivos dirigidos a agredir as causas sociais da criminalidade é um motivo corrente na literatura penalística do iluminismo: cf. Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit., VI, 9, p. 318; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XXXI, p. 78-79; P. H. D. d'Holbach, *Système de la nature* (1770), trad. it. a cargo de Antimo Negri, *Sistema della natura*, Utet, Torino, 1978, t. I, cap. XII, p. 264 e ss.; *Système social ou Principes naturels de la morale et de la politique, avec un examen de l'influence du gouvernement sur les moeurs* (1773), reed., Georg Olms, Hildesheim, 1969, t. III, cap. IV, p. 32-44; Voltaire, *Prix de la justice* cit., art. I e II, p. 535; G. Mably, *De la législation ou Principes des lois*, liv. III, cap. IV, in *Oeuvres complètes*, Londres, 1789, t. IX, p. 271; G. D. Romagnosi, *Genesi*, cit., 421-423, p. 184-185, e par. 644, p. 284; J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale. Principes du code pénal*, cit., parte IV, p. 172-210. Sobre delito como último efeito de uma tenebrosa série de causas das quais não há quem não divida a remota responsabilidade, veja também C. Cattaneo, *Prolusione a un corso di filosofia civile* (1852), in *Opere scelte a cargo de D. Castelnovo Frigessi*, Einaudi, Torino, 1972, vol. IV, p. 11-12. Se vêem além, sobre o nexo entre delinquência, pobreza e marginalização, os estudos histórico-sociológicos de L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, (1958), trad. it. de S. Brilli Cattarini, *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella rivoluzione industriale*, Laterza, Roma-Bari, 1976; e de B. Geremek, *Inutiles au monde. Truands et misérables dans l'Europe moderne* (1980), trad. it. de P. Procaccioli, *Mendicanti e miserabili nell'Europa moderna* (1350-1600), Laterza, Roma-Bari, 1985.

⁽²⁴⁾ K. Marx, *La sacra famiglia*, cit., p. 145.

⁽²⁵⁾ Veja-se o terrível panorama das atrocidades – torturas, suplícios, espoliações, massacres – oferecidos pela história dos sistemas penais pré-modernos e traçados por M. A. Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Fratelli Bocca, Milano, 1908, e por V. Manzini, *Diritto penale*, cit., p. 78 e ss., para contestar, em polémica com a Escola Positiva, as chamadas funções de defesa social do direito penal. O mesmo protesto, a propósito e em especial da pretensa função de defesa social da pena de morte, pronunciou C. Cattaneo, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, in *Opere scelte*, cit., IV, p. 200: “Dissestes para com a mão do carrasco defender-nos da mão do assassino. Muita generosidade! Não é um fato bem provável que a cada um de nós ocorra de sucumbir às mãos de um assassino. Mas se, com esta vossa inoportuna solicitude para com a nossa vida, patrocinastes o mau uso dos suplícios por razões políticas, pusestes a nossa vida a um perigo mil vezes mais próximo. Cada um de nós, a longo prazo, tem mais a temer do carrasco que do assassino. Não exageremos os perigos privados... Diante dos assassinos não podemos ser iguais em força. Mas de uma feroz reação política ninguém, ninguém, é seguro. A guilhotina não conheceu amigos ou inimigos; não conheceu nem súditos nem reis”.

⁽²⁶⁾ *Lettres persanes*, LXXX, in *Oeuvres* cit., vol. I, p. 252.

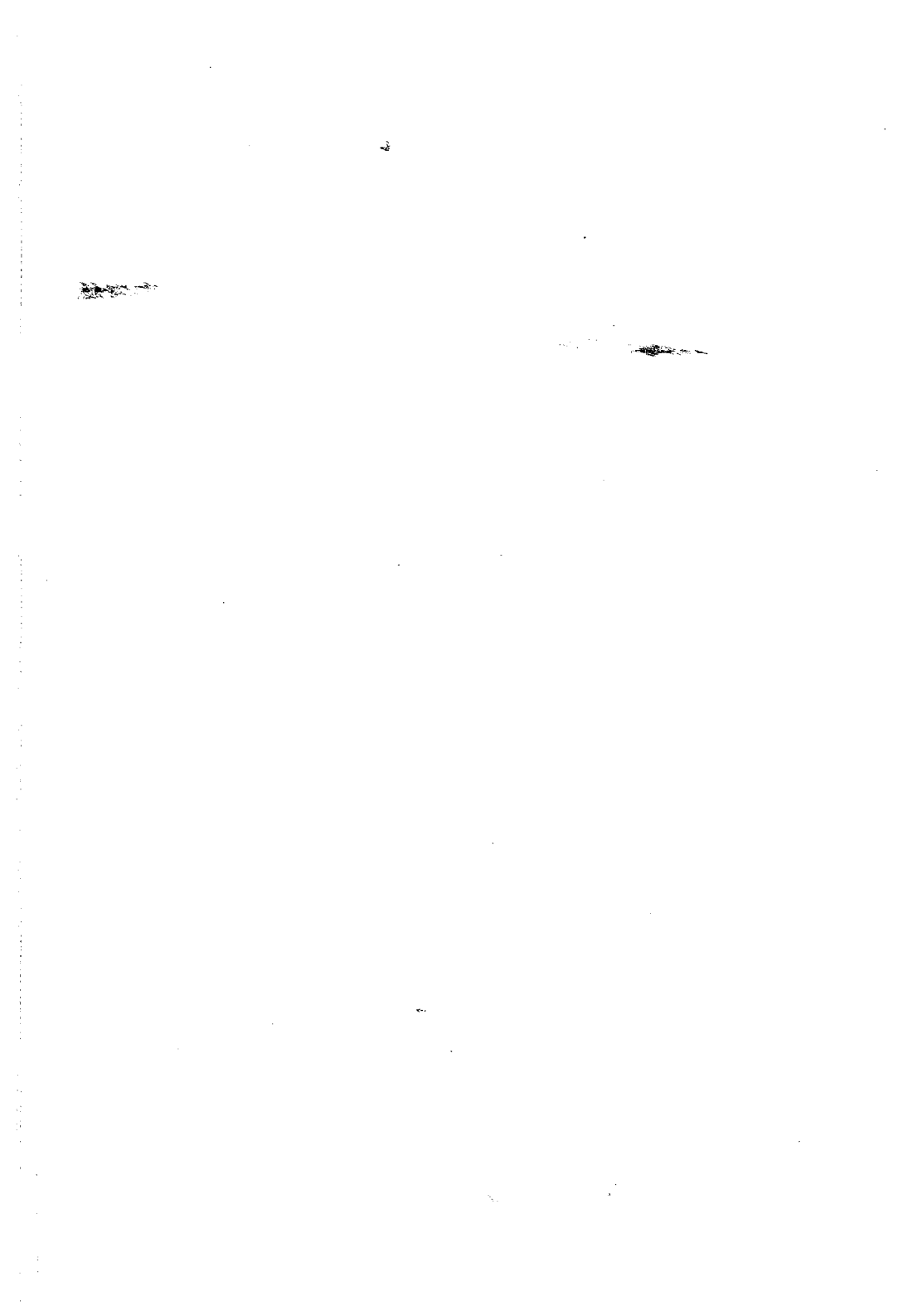
⁽²⁷⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XLVII, p. 104.

⁽²⁸⁾ Os homicídios voluntários passaram na Itália de uma média anual de 4.100 nas últimas duas décadas do século XIX e de 3.819 nos anos vinte do século XX a uma média de 1.867 nos anos cinquenta, de 1.372 nos anos sessenta, de 1.863 nos anos setenta e de 2.317 no primeiro quinquênio dos anos oitenta (ISTAT, *Sommario di statistiche storiche dell'Italia. 1861-1975*, Roma, 1976, p. 68; idem, *Sommario di statistiche storiche. 1926-1985*, Roma, 1986, p. 122): decrescendo, referente à população, de 13 em cada 100.000 habitantes no século XIX a 3 em cada 100.000 nos anos 60, para depois subir a 4 em cada 100.000 habitantes nos 80. A mesma diminuição ocorreu com os outros crimes de

violência: as agressões e as lesões dolosas, passadas de 113.558 em 1952 a 67.460 em 1955, a 54.122 em 1965, a 36.210 em 1973 e a 29.143 em 1986; as violências carnais e outros atos de libidinagem violentos, diminuídos de 4.147 em 1961 a 3.428 em 1965, a 2.526 em 1973 e a 1.983 em 1986: cf. os *Annuari di statistiche giudiziarie relative agli anni 1955* (Roma, 1957, p. 11), *1961* (Roma, 1964, p. 326), *1965* (Roma, 1968, p. 225), *1973* (Roma, 1975, p. 184) e *1986* (Roma, 1988, p. 217); e, para os dados relativos ao século XIX, o amplo estudo de E. Fornasari di Vercé, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890 e osservazioni sommarie per il Regno Unito della Gran Bretagna (1840-1890) e per la Nuova Galles del Sud (1882-1891)*, com prefácio de C. Lombroso, Fratelli Bocca, Torino, 1892. Em geral, no que diz respeito aos crimes de sangue, pode-se falar de uma progressiva diminuição até os anos 40 e 50 do século XX e, sucessivamente, de uma inversão de tendência. É significativo, a propósito, o aumento do número dos homicídios registráveis nos últimos quarenta anos, seja na Inglaterra, seja nos Estados Unidos: na Inglaterra, primeiramente, esse número abaihou de 371 em 1947 para 282 em 1960; depois subiu para 420 em 1968, igual a 7,4 para cada milhão de habitantes; para 508 em 1975, igual a 9 em cada milhão de habitantes; para 621 em 1980, igual a 11,2 para cada milhão de habitantes; e para 685 em 1987, igual a 12,6 para cada milhão de habitantes (*Criminal statistics. England and Wales. 1987*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1988); o mesmo aumento se verificou nos Estados Unidos, onde, por outro lado, a taxa dos homicídios foi quase dez vezes superior: 9.110 em 1960, igual a 51 para cada milhão de habitantes; 13.800 em 1968, igual a 69 para cada milhão de habitantes; 20.510 em 1975, igual a 96 para cada milhão de habitantes; 23.040 (o ponto máximo) em 1980, igual a 102 para cada milhão de habitantes; 20.610 em 1986, igual a 86 para cada milhão de habitantes (*Sourcebook of criminal justice statistics. 1987*, U.S. Department of Justice, Washington, 1988, tab. 3.97, p. 319). Dados estatísticos sobre a constante diminuição dos homicídios na Europa desde o século XIX até hoje e acerca do seu crescimento nos Estados Unidos nos últimos cinquenta anos são trazidos por J. C. Chesnais, *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, Laffont, Paris, 1981, cap. 2. Sobre a tendente diminuição da criminalidade do século XIX em diante nos países que aboliram a pena de morte, veja-se ademais a nota 105 do cap. 7. Retornando um pouco no tempo, parece pacífico que a quantidade de delitos contra a incolumidade das pessoas – homicídios, ferimentos, atentados, rixas, roubos e violências de todo tipo – foi enormemente superior na Idade Média em relação ao início da Idade Moderna, no século XVII em relação ao XVIII e no século XVIII em relação ao XIX: cf. E. P. Thompson, *Whigs and hunters: the origins of the black act*, New York, 1975; J. S. Cockburn (org.), *Crime in England. 1550-1800*, London, 1977; L. Stone, *The past and the present*, (1981), trad. it., de E. Basaglia, Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 192-198; M. Rouche, *L'Alto Medioevo occidentale*, in P. Ariés e G. Duby, *Histoire de la vie privée. I. De l'empire romain à l'an mil*, trad. it. de G. Vernole, *La vita privata dall'impero romano all'anno mille*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 366-393. Naturalmente, para outros tipos de crime ocorreu um aumento, em especial para os furtos, mais que decuplicados nos últimos cem anos (82.798 nos anos 80 do século passado, 202.395 nos anos 20 deste século, 1.281.032 nos anos 70 e 1.172.142 em 1985), e para os roubos, as extorsões e os seqüestros de pessoa (2.223 na década de 1881-1890, 5.294 nos anos 1921-1930, 13.954 nos anos 1970 – depois de ter descido a 3.007 no período entre os anos 1951-1970 – e 42.524, em grande parte “roubos” ligados a tóxicodependência, em 1985) (ISTAT, *Sommario*, 1975, loc. cit. e *Sommario*, 1986, loc. cit.), para não falar dos crimes comerciais, financeiros, contra a administração pública e similares.

III

TEORIA.
AS RAZÕES DO DIREITO PENAL



A PENA. QUANDO E COMO PUNIR

LUIZ FLÁVIO GOMES

SUMÁRIO: 26. A ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO DE DIREITO: 1. Justificação externa (ou política) e legitimação interna (ou jurídica) no Estado de direito; 2. A positivação constitucional dos “direitos naturais”. Ser e dever ser *do e no* direito moderno; 3. Legitimidade, validade, vigência e efetividade no Estado constitucional de direito. Redefinições; 4. Os níveis normativos. Incorporação limitativa e incorporação potestativa; 5. A deslegitimação jurídica: invalidade e ineficácia. As garantias – 27. QUANDO PUNIR? O PRINCÍPIO DA RETRIBUIÇÃO PENAL: 1. A pena como sanção *post delictum*; 2. Concepções formalistas e concepções substancialistas do princípio retributivo: *pena quia prohibitum* e *pena quia peccatum*; 3. Critérios de validade e critérios de justiça – 28. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: 1. A definição teórica de “delito”. O princípio da mera legalidade e o primeiro postulado do positivismo jurídico; 2. A definição legal de “delito”. O princípio da estrita legalidade e o segundo postulado do positivismo jurídico; 3. Legalidade ampla e legalidade estrita. Legitimação formal e legitimação material; 4. A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia; 5. As vicissitudes do princípio de legalidade. Codificações e descodificações – 29. COMO PUNIR? OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA HUMANIDADE DAS PENAS: 1. Quais penas? As penas ferozes: pena de morte e penas corporais; 2. O talião e a idéia de uma correspondência natural entre pena e delito; 3. As penas modernas como privações: penas privativas de liberdade e penas pecuniárias; 4. O princípio da pena mínima necessária e o de respeito à pessoa – 30. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA EQUIDADE E DA CERTEZA DAS PENAS: 1. Que quantidade de pena? A medida da pena e o princípio da proporcionalidade; 2. A predeterminação legal da pena. A escala de penas e os limites máximos e mínimos; 3. A determinação judicial da pena. O cálculo penal e o princípio da equidade; 4. A determinação da pena na fase executiva e o princípio de certeza – 31. UMA ALTERNATIVA ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E ÀS PECUNIÁRIAS: 1. Crise do atual sistema de penas e perspectivas de reforma; 2. Pela abolição da pena carcerária; 3. Pela redução das penas privativas de liberdade. O limite máximo de dez anos; 4. Pela abolição das penas pecuniárias e pela reforma das penas privativas de direitos; 5. Um sistema de penas alternativas.

26. A ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO DE DIREITO

1. Justificação externa (ou política) e legitimação interna (ou jurídica) no Estado de direito

As duas séries de questões examinadas nos dois capítulos precedentes – *se e porque* “punir, proibir e julgar” – são ambas inteiramente de legitimação externa ou de justifica-

ção metajurídica do direito penal. Das doze questões tratadas no parágrafo 13 sobre o problema da legitimação penal, restam agora abordar seis delas: *quando e como* “punir, proibir e julgar”. Para uma melhor análise, nesta terceira parte serão elas divididas em três pares de problemas, relacionados respectivamente com a *pena*, o *delito* e o *processo penal*: “quando e como *punir*”, “quando e como *proibir*” e “quando e como *julgar*”.

À diferença das seis primeiras questões, as demais que serão tratadas doravante não são somente de legitimação externa mas também de legitimação interna, no sentido de que pode-se responder a elas seja por referência a princípios ou valores metajurídicos externos ao ordenamento do qual se fala, seja por referência a princípios ou normas jurídicas internas ao mesmo ordenamento. No que se refere ao ponto de vista externo, a análise que desenvolverei nesta terceira parte servirá para identificar modelos diversos de justiça referidos não mais – como foi feito na segunda parte deste livro – ao problema da finalidade geral do direito penal e da pena, senão a questões mais particulares: a) as condições de justificação da imposição em concreto das penas, assim como da natureza e medida das penas impostas; b) os interesses que justificam ou não justificam a tutela penal mediante a proibição como delitos de certos comportamentos e não de outros; c) as razões que justificam ou não justificam a processamento judicial e, por outro lado, os diferentes modelos de juiz e de juízo. Esta análise será teórica mas inevitavelmente trará consigo a discussão, ainda que sumária, das mais importantes doutrinas de justificação elaboradas historicamente, sobretudo na época moderna, relacionadas com cada um dos seis problemas. A reflexão a respeito dos diferentes *modelos de justiça* determinados pelas distintas respostas políticas ou externas às questões do “quando” e do “como” da intervenção penal irá se desenvolver paralelamente àquela outra a respeito dos distintos *modelos de legalidade*, quer dizer, acerca dos sistemas de garantias SG-S10 que equivalem a outros tantos sistemas normativos de respostas jurídicas ou internas às mesmas questões.

Antes de abordar estas seis questões é necessário analisar com maior profundidade a relação entre legitimação interna e legitimação externa, que nos ordenamentos estruturados de acordo com as formas modernas do “Estado de direito” resulta particularmente complexa e articulada. A novidade histórica do *Estado de direito* em comparação com os demais ordenamentos do passado reside em ter incorporado, transformando-as em normas de legitimação interna, geralmente de categoria constitucional, grande parte das fontes de justificação externa relacionadas com o “quando” e o “como” do exercício dos poderes públicos. Isso dá ensejo a complicados problemas de filosofia política e de teoria geral do direito que é necessário analisar preliminarmente, se bem que voltar-se-á a falar deles de forma mais extensa na quinta e última parte deste trabalho. Só depois de ter esclarecido o que seja a estrutura normativa do Estado de direito e a sua relação com os diversos planos nos quais se encontram os discursos acerca da legitimação externa e interna, será possível dar uma resposta às nossas seis questões e desenvolvê-las, dessa forma, na quarta parte, a análise das condições de legitimidade e dos perfis de ilegitimidade, externa e interna, do ordenamento penal italiano.

2. A positivação constitucional dos “direitos naturais”. Ser e dever ser *do* e *no* direito moderno

Como já se disse no parágrafo 15, a separação entre legitimação interna e legitimação externa – quer dizer, entre o direito e a moral ou entre a validade e a justiça – constitui uma conquista fundamental do pensamento jurídico e político moderno. Ademais de fa-

vorecer (enquanto princípio axiológico) modelos de direito penal mínimo e garantista, serve para fundamentar (como princípio teórico), de um lado, a possibilidade de se ter um enfoque científico de tipo descritivo e, de outro, a de se ter um enfoque crítico de tipo valorativo em relação ao direito positivo.

No entanto, esta tese pode dar ensejo, como de fato tem acontecido, a um equívoco. Em algumas ocasiões tem sido confundida com a tese, não menos importante mas diferente, da separação entre o direito positivo como *fato* e o direito natural ou ideal como *valor*, ou, se preferirmos, entre *ser* e *dever ser* do direito. E disso tem-se inferido a consequência indevida de que enquanto os juízos relativos à legitimidade ou à ilegitimidade externa são juízos de valor ou de dever ser, os juízos relativos à legitimidade e à ilegitimidade interna são juízos de fato que se referem *somente* à existência das normas, quer dizer, à sua vinculação ao ordenamento positivo.¹ A diferença entre os dois tipos de legitimidade, isto é, entre validade e justiça, tem como consequência a contraposição entre o direito “como é” (o direito positivo) e o direito “como deve ser” (o direito natural, ou ideal).

O equívoco que se esconde atrás destas teses reside na identificação entre “direito válido” e “direito como é”, ou, se se prefere, entre validade e positivismo do direito. E este equívoco está fundado em uma concepção simplificada da validade, que aplicada aos modernos Estados de direito resulta na minha opinião inadequada. Segundo esta concepção – que compartilha toda a tradição positivista, desde Hobbes e Bentham até Kelsen, Hart e Bobbio – a *validade* de uma norma se identificaria com sua *existência jurídica*,² como produto de um ato normativo conforme as normas que regulam sua produção. Por conseguinte, a sua identificação se daria mediante reconhecimentos empíricos voltados tão-só às formas do ato normativo de produção, e não também mediante valorizações do significado ou conteúdo normativo das normas produzidas.

Esta concepção exclusivamente formal de validade certamente resulta adequada se referida a ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é uma norma válida. Contrariamente, nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente. Nesses ordenamentos a validade não depende somente dos aspectos formais da produção normativa que permitem afirmar o “ser” ou a existência das normas, senão que depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores.

De fato tem acontecido, na formação dos modernos estados constitucionais, que o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e iluminista: o princípio da igualdade, o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos, e, ademais, quase todas as garantias penais e processuais de liberdade e de certeza enumeradas no nosso sistema SG. Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos *naturais*, foram consagrados nas modernas constituições na forma de princípios normativos *fundamentais* que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados “direitos sociais” ou “mate-

riais" (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados nas constituições deste século —, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos. Em particular, os chamados direitos "invioláveis" da pessoa, direitos "personalíssimos" ou "indisponíveis" não são mais do que a forma jurídica *positiva* que os direitos *naturais*, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como "direitos subjetivos" nas Constituições modernas. Neste sentido bem se poderia dizer que as doutrinas contratualistas e utilitaristas dos direitos naturais representam a base filosófica do direito penal moderno e mais geralmente do moderno direito público. O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de *anulabilidade* dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas.

O resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídico e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural. Se tivéssemos que valorar os ordenamentos jurídicos dos Estados modernos pelos princípios gerais enunciados em suas constituições, seriam bem poucas as críticas que caberia formular contra elas do ponto de vista externo, quer dizer, do ponto de vista ético-político ou da justiça. Desde a Declaração de Direitos de 1789, todos os textos constitucionais — da Constituição Italiana às do resto dos países europeus, da dos Estados Unidos às da União Soviética e o resto dos países socialistas, incluindo as Constituições dos países do terceiro mundo — têm incorporado de fato grande parte dos princípios de justiça tradicionalmente expressados pelas doutrinas do direito natural.

Desse modo, o antigo conflito entre direito positivo e direito natural ou entre positivismo jurídico e jusnaturalismo perdeu, em grande parte, seu significado filosófico-político, ao terem sido mudados os termos da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre direito como é e direito como deve ser. A diferença entre ser e dever ser *do* direito, expressada na velha dicotomia lei positiva/lei natural, transformou-se em grande medida numa diferença entre ser e dever ser *no* direito; transportou-se para os ordenamentos jurídicos positivos e configura-se como *incoerência* ou *antinomia* entre seus diferentes níveis normativos: entre a constituição e a lei, entre a lei e a jurisdição, entre a lei e as atividades administrativas, executivas e de polícia. Tão logo o direito natural foi colocado como fundamento do moderno Estado de direito e assim que seus princípios de vínculos apenas políticos ou externos passaram a ser também jurídicos ou internos, perdeu sua função de parâmetro exclusivo de valoração do direito positivo. Tal função, depois da inclusão daqueles princípios entre as normas constitucionais, também emana destas últimas, de forma que todo "Estado de direito", especialmente quando está dotado de uma Constituição rígida, é susceptível de valoração não só externa, referida a princípios naturais de justiça, senão também interna, quer dizer, referida a *seus* próprios princípios tal e como estão garantidos por essas regras positivas de direito natural que são os textos constitucionais. E esta valoração não se refere somente à justiça, senão diretamente à validade das normas jurídicas. Mais precisamente, a diferença entre dever ser e ser *no* direito tem chegado a coincidir com a existente entre validade e eficácia ou, se se prefere, entre direito e fato, exatamente da mesma forma que a diferença entre dever ser e ser *do* direito configura-se como diferença entre justiça e

direito positivo em seu conjunto. Diremos então que toda norma jurídica pode ser contemplada como *fato* em relação às normas que regulam sua produção e como *direito* em relação às normas e práticas cuja produção ela regula. No primeiro caso (que é o único caso possível se se trata de atividades executivas não normativas) se valorará a sua validade ou invalidade em relação às normas de categoria superior a ela; no segundo caso (que é o único caso possível se se trata de normas de categoria máxima como as constitucionais) se valorará a sua eficácia ou ineficácia em relação às normas de categoria inferior a ela.

3. Legitimidade, validade, vigência e efetividade no Estado constitucional de direito. Redefinições

Tudo isso não retira em absoluto o valor político e científico da doutrina juspositivista da separação entre direito e moral – ou entre validade e justiça, entre legitimação interna e legitimação externa, entre direito “como é” e direito “como deve ser” –, nos diferentes significados em que foi articulada no parágrafo 15.2. A novidade representada pela constitucionalização dos princípios de direito natural no direito positivo – que em relação ao direito natural, “que não é”, é obviamente o único direito “que é” – consiste apenas em que este transformou-se numa estrutura complexa, que compartilha tanto a dimensão do ser como a do dever ser. A primeira dimensão é aquela à qual referem-se os juízos de fato acerca da eficácia ou ineficácia das normas em relação às atividades de categoria inferior a elas; a segunda é aquela à qual referem-se os juízos jurídicos acerca da sua validade ou invalidade em relação às normas superiores a elas.

A definição teórica de “direito válido” – conforme o princípio metacientífico do positivismo jurídico expressado por nossa terceira tese acerca da separação entre direito e moral – continua sendo, portanto, ideologicamente neutra: é válida ainda que seja injusta qualquer norma ou preceituação que esteja conforme as normas acerca da sua produção. O que acontece é que entre as normas acerca da produção de normas, o moderno Estado constitucional de direito tem introduzido múltiplos princípios ético-políticos ou de justiça que impõem valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, senão internos ou juspositivistas. Nos velhos Estados absolutistas e em muitos dos modernos Estados totalitários as normas acerca da produção de normas, que estão no vértice do ordenamento, limitam-se de fato a conferir ao poder soberano o poder de legislar: nestes ordenamentos seria válida, por exemplo, ainda que injusta, uma lei que conferisse ao soberano o poder arbitrário sobre a vida e a morte, da mesma forma que foram válidas, ainda que manifestamente injustas, as normas acerca dos tribunais especiais para a defesa do Estado criados na Itália durante o fascismo. Normas desse tipo são, ao contrário, em qualquer Estado de direito que possua Constituição rígida minimamente garantista, não somente injustas como também inválidas por violarem princípios constitucionais de direitos humanos, da igualdade e da estrita legalidade penal. A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material. Esses traços substanciais de validade, inexplicavelmente ignorados pela maior parte das definições juspositivistas de “direito válido”, sejam normativistas ou realistas,³ têm uma relevância bem maior do que a dos meramente formais. A maior parte das objeções ou das declarações de ilegitimidade ou de invalidade de uma lei,

uma sentença ou um ato administrativo de fato nada tem que ver com defeitos formais, senão com defeitos substanciais. E contam-se nos dedos as objeções e declarações de inconstitucionalidade de leis que censuram vícios de forma, como a incompetência do órgão que legisla ou as violações de procedimento. O mesmo pode-se dizer, se bem que em menor medida, das decisões judiciais e administrativas quase sempre impugnadas ou reformadas por motivos que têm a ver com o conteúdo da decisão e raramente com simples defeitos de forma.

Por outro lado, as conotações substancialistas e valorativas da validade não comprometem de forma alguma o princípio teórico juspositivista – expressado por nossa segunda tese acerca da separação entre direito e moral – do caráter formal, nominalista ou voluntarista dos pressupostos das penas. A máxima de Ulpiano “quod principi placuit legis habet vigorem”⁴ continua sendo em todo caso o primeiro postulado do positivismo jurídico e o princípio constitutivo do direito positivo, não obstante com a condição de que por “vigência” ou “existência” das normas se entenda algo claramente diferenciado tanto da “validade” quanto da “eficácia”. Em suma, para evitar qualquer equívoco, o vocabulário da teoria do direito deve ser enriquecido.

Chamarei de “vigência” a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*; e limitarei o uso da palavra “validade” à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos. Por conseguinte, será possível dividir a legitimidade jurídica ou interna – separada sempre da legitimidade política ou externa, em qualquer caso de tipo material – em *legitimidade jurídica formal*, que se refere somente às formas prescritas para os atos normativos e por conseguinte à vigência das normas produzidas, e *legitimidade jurídica substancial*, que, ao contrário, se refere aos conteúdos dessas mesmas normas, ali onde estes também estejam prescritos ou proibidos por normas acerca da sua produção. Portanto, quando a ineficácia de um sistema de normas sobre a produção chegar ao ponto de que nem sequer respeitarem-se as condições formais de validade do ato de produção normativa, diremos que a norma não foi produzida e que por conseguinte não está vigente, não existe ou não pertence sequer formalmente ao ordenamento do qual se fala. Ao contrário, quando a ineficácia se manifestar somente no não cumprimento das condições substanciais de validade da norma produzida, diremos que esta não é válida, ainda que esteja vigente, ou exista, ou pertença ao ordenamento examinado. As normas vigentes num Estado de direito podem ser, assim, ademais de eficazes ou ineficazes, também válidas ou inválidas, quer dizer, juridicamente legítimas no plano formal, mas não no material.⁵ De acordo com a Lei de Hume da não derivação de conseqüências entre juízos de fato e juízos de valor – que é o primeiro significado, metalógico, que associamos à tese da separação entre direito e moral –, nem a validade nem a eficácia de uma norma podem ser deduzidas da sua vigência, que comparada com o dever ser da validade pertence à dimensão do ser, enquanto comparada com o ser da efetividade pertence à dimensão do dever ser.

Com isso chegamos ao ponto crucial do problema da legitimação interna (ou, como diremos de agora em diante, da *validade*), que é uma questão de teoria do direito, e que difere do problema da justificação externa (ou da *justiça*), que é uma questão de filosofia da justiça. Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis

ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é consequência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. Nele, por conseguinte, uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz, pelo menos até que se declare sua invalidade. O conceito de “vigência” tem, em suma, um significado mais amplo do que o de “validade” e de “eficácia”, e é predicável com independência de um e de outro, embora talvez não com independência dos dois ao mesmo tempo. Melhor dizendo, não corresponde sequer, como a validade e a eficácia, a uma categoria de qualificação teórica, mas é uma categoria metateórica da semântica da teoria do direito que designa a existência do que é denotado por “norma jurídica”, quer dizer, a referência empírica da noção teórica de “norma”.

Esta complexidade estrutural do Estado de direito, sobre a qual voltaremos em várias ocasiões neste livro e particularmente no capítulo 13, tem sido estranhamente desconsiderada pelas teorias do direito juspositivistas contemporâneas, tanto normativistas quanto realistas, que confundem respectivamente a existência das normas jurídicas com a sua validade e com a sua eficácia, considerando como sendo válidas normas só vigentes ou só eficazes ou não considerando como sendo não vigentes normas só inválidas ou ineficazes. A pobreza da linguagem teórica, que ignora a categoria da “vigência” como conceito diferente tanto da “validade” como da “eficácia”, revela uma incompreensão da especificidade do “Estado de direito” que não por acaso confunde-se com o “Estado jurídico”, de maneira que, como diz Kelsen, “todo Estado é um Estado de direito”,⁶ Estado e direito identificam-se e priva-se de sentido a idéia mesma de uma autovinculação do Estado.⁷ É surpreendente a tenacidade com a qual, ao preço de complicados sofismas, tem-se defendido a idéia benthamiana da não limitação jurídica do poder soberano. As normas, sustenta por exemplo Kelsen, “continuam sendo válidas até que sejam invalidadas do modo determinado pelo próprio ordenamento jurídico”,⁸ onde não fica claro porque uma norma válida torna-se inválida nem qual é a diferença entre invalidação e ab-rogação. Hart tenta salvar a identificação paleopositivista entre existência (ou vigência) e validade interpretando os limites legais impostos à função legislativa não como deveres ou proibições mas como “incompetências”,⁹ de forma que uma norma que não se ajuste a eles não existe, quando na realidade uma norma semelhante não é nula senão anulável e por conseguinte vigente até que seja anulada. Bobbio, por seu turno, embora distinga entre “validade formal” e “validade material” e admita que “duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas”, vê-se compelido por essa mesma identificação a falar em “ab-rogação implícita” da lei “incompatível com uma norma hierarquicamente superior”, em vez de falar em anulação jurisdicional e, por conseguinte, a não levar em conta a “existência” de normas inválidas que cessa somente com sua anulação.¹⁰

O resultado mais grave desta incompreensão é o de clausurar a divergência – fisiológica, mas às vezes de dimensões patológicas – entre ser e dever ser *no* direito, que nos modernos ordenamentos complexos corresponde à diferenciação entre os diversos níveis normativos: os superiores, em relação aos quais é predicável a validade ou invalidade; e os inferiores, em relação aos quais é predicável a eficácia ou ineficácia das normas, em todos os casos existentes ou vigentes. De tudo isso resultam falácias análogas às expressadas pelas doutrinas jusnaturalistas ou ético-legalistas que confundem direito e moral ou ser e dever ser *do* direito positivo em relação a valores externos a ele. Mais precisamente, a

falácia normativista é análoga à jusnaturalista, desembocando uma e outra na confusão do dever ser com o ser jurídico e na assunção como vigentes no primeiro caso somente das normas válidas e no segundo somente das normas justas. A falácia realista é, pelo contrário, análoga à ético-legalista, desembocando ambas na confusão do ser com o dever ser jurídico e na assunção no primeiro caso como válidas e no segundo como justas de todas as normas positivamente vigentes. Em todos os casos a eliminação da divergência entre ~~dever ser~~ e ser *no direito* serve para ocultar a ilegitimidade jurídica latente dos ordenamentos positivos. Com efeito, enquanto os enfoques normativistas limitam-se a contemplar acriticamente o dever ser jurídico, confundindo-o com o ser efetivo do direito, os enfoques realistas contentam-se com uma aceitação igualmente ~~acrítica~~ do ser jurídico, sem perceber sua distância em relação ao dever ser no direito.

As falácias nas quais incorrem as teorias contemporâneas do direito são, não obstante, não só mais sutilmente mistificadoras senão também mais injustificadas no plano teórico do que foram as jusnaturalistas ou ético-legalistas. Em particular, a confusão entre validade e vigência poderia ser consentida a Hobbes e Bentham no Estado absoluto do antigo regime;¹¹ não pode ser consentida, entretanto, no Estado constitucional de direito, que é um sistema normativo complexo que incorpora o “dever ser” na forma de garantias jurídicas. Este dever ser incorporado ao direito positivo, como se tem afirmado, não coincide nem com a *vigência* ou a existência jurídica das normas, nem menos ainda com o dever ser extrajurídico expressado por princípios de direito natural ou de *justiça*, senão com a *validade* que resulta da conformidade das normas com os valores estabelecidos por outras normas positivas superiores a elas. Por isso, o juízo de validade acerca de uma norma não é somente um juízo de fato sobre os requisitos formais que fazem-na reconhecível como *quod principi placuit* e que por isso *legis habet vigorem*; é também um juízo de valor acerca dos conteúdos substanciais que fazem juridicamente legítimo *quod principi placuit*. O que não impede, naturalmente, que sendo a legitimação interna uma questão de *teoria* do direito e a legitimação externa uma questão de *filosofia* do direito, a enunciação das condições da primeira tenha lugar por meio de proposições teóricas que fazem referência empírica a normas jurídicas positivas, enquanto a indicação das condições da segunda se produz mediante opções políticas de forma puramente prescritiva.

4. Os níveis normativos. Incorporação limitativa e incorporação potestativa

No capítulo 13 mostrarei as implicações jurídicas, políticas e científicas da análise que acaba de ser desenvolvida acerca da estrutura normativa do Estado de direito: em particular, a incerteza estrutural dos juízos de validade jurídica, as margens inelimináveis de ilegitimidade dos poderes e das normas que produzem, a natureza problemática do dever dos juízes de aplicar a lei, o papel crítico mais que dogmático da ciência jurídica em relação aos textos normativos e à ausência para os cidadãos de uma obrigação política além de jurídica de obedecer às leis. O que foi dito até agora basta, no entanto, para suscitar os problemas do *quando* e *como* punir, proibir e julgar, permitindo não só distinguir o plano jurídico em que se situam as respostas a estas perguntas, em termos de validade ou legitimação interna, do plano ético-político no qual se situam as respostas em termos de justiça ou legitimação externa, senão também esclarecer as relações entre esses dois planos dos discursos justificativos.

Num Estado absoluto no qual o *quod principi placuit* não só tem vigência como também validade, o direito positivo não está em condições de dar outra resposta que não a

meramente formal – “quando e como” queira o soberano – aos problemas da legitimação. Fora disso, remete a critérios que são integralmente de justificação externa ou de justiça material. Ao contrário, num Estado de direito, o direito penal torna explícitas suas condições substanciais de justificação, subministrando muitas respostas desde dentro – geralmente por meio de normas constitucionais – às perguntas acerca do “quando” e do “como” das proibições, das penas e dos processos. Dependendo do número e do caráter mais ou menos complexo e vinculante destas respostas, um sistema penal será mais ou menos garantista, mais ou menos limitado, mais ou menos justificado, mais ou menos “de direito”.

A relação entre o plano da legitimação interna e o da legitimação externa é, portanto, uma relação de complementaridade, na medida em que um se amplia na proporção em que o outro se restringe. Mais precisamente, a técnica de legitimação interna própria do direito penal consiste em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador e/ou ao juiz quando e como *não* punir, *não* proibir, *não* julgar, tais como os princípios relativos à inviolabilidade de certos direitos e liberdades fundamentais, a igualdade dos cidadãos e o respeito à pessoa, e, por outro lado, todos os formulados no nosso sistema garantista SG, que excluem a pena na ausência das condições requeridas por ele. Cada uma dessas limitações constitui uma *garantia*, estabelecida para a tutela de um valor – a igualdade, a liberdade pessoal contra a arbitrariedade, os direitos e as liberdades políticas, a certeza jurídica, o controle público das intervenções punitivas etc. –, que dessa forma resultam incorporadas pelas normas do ordenamento jurídico positivo como vinculantes em relação a todas as normas de nível inferior. Assim, fica clara no plano da teoria do direito a diferença estrutural entre a epistemologia garantista e a substancialista. Quanto mais valores sejam incorporados aos níveis normativos superiores na forma de vinculações ou imperativos negativos, menos expostos ficarão os níveis inferiores – o legislativo frente ao constitucional, o jurisdicional frente ao legislativo – a eleições contingentes de justiça material guiadas de fato pelo arbítrio potestativo: as leis, em poucas palavras, são mais vinculantes quanto mais vinculadas estejam.

Inversamente, quanto menos valores vinculantes sejam incluídos nos níveis superiores na forma de proibições e garantias de imunidade, mais amplas são as opções valorativas deixadas à discricionariedade dos órgãos normativos de nível inferior: nesse caso, diremos que as leis são menos vinculantes quanto menos vinculadas estejam. E isso pode acontecer também em virtude de normas superiores que incorporam valores mediante imperativos penais positivos, quer dizer, que não excluem, senão que prescrevem ou permitem a punibilidade com base em valorações discricionárias remetidas aos órgãos de nível normativo inferior. Pensemos, como hipótese, numa norma constitucional que impusesse a fidelidade às autoridades do Estado ou à nação, ou que permitisse normas penais em branco contra indivíduos desleais, inimigos do povo etc.; ou pensemos mais concretamente nas cláusulas de esvaziamento dos direitos fundamentais contidas em muitas constituições e expressadas geralmente em termos genéricos e valorativos;¹² ou também nas leis ordinárias que no nosso ordenamento prevêm como pressupostos da pena situações expressadas em termos valorativos, como o caráter perigoso, imoral, anormal, hostil, obsceno, subversivo, ou outros semelhantes da ação ou do seu autor. Normas semelhantes dão ensejo à existência de falhas no ordenamento destinadas a ser validamente supridas, da mesma forma que acontece com as lacunas decorrentes da falta de normas superiores vinculantes, que serão supridas por valorações de justiça material ou extralegal remetidas ao arbítrio potestativo.

Chamo de *incorporação limitativa* à incorporação de vinculações ou imperativos negativos que em matéria penal caracterizam o *Estado de direito* e o modelo garantista de *direito penal mínimo*, expressado, na sua forma ideal, por nosso sistema *SG*; e de *incorporação potestativa* à inclusão de imperativos positivos ou à ausência de vinculações que em matéria penal caracterizam o *Estado autoritário* e o modelo substancialista de *direito penal máximo*, expressado, em suas formas mais extremas, pelos sistemas *S10* e *S11*. No primeiro caso incorporam-se limites na forma de proibições ou condições impostas ao “quando” e ao “como” do exercício do poder de punir, para a tutela de valores – como os direitos inalienáveis, a igualdade de tratamento e a certeza do direito – postos ao resguardo do arbítrio punitivo. No segundo caso, ao contrário, ficam incorporadas *potestades* discricionárias na predeterminação e/ou diretamente na determinação dos pressupostos da pena, para a tutela de valores – como a defesa da ordem, da moral ou inclusive meramente dos interesses do soberano – que colocam-se incondicionalmente sob a proteção penal. Mais precisamente, a incorporação legal de valores ou critérios valorativos de punibilidade é limitativa quando a lei assinala-os como condições necessárias para integrar o fato previsto como delito; enquanto é potestativa quando assinala-os como condições suficientes, além do fato previsto como delito. Posto que a incorporação limitativa reduz ou condiciona o poder de castigar enquanto a incorporação potestativa incrementa-o, uma varia em proporção inversa à outra. Disso se infere, no que concerne aos juízos de validade, que quanto mais avalorativos sejam seus critérios – como no caso limite em que é válido qualquer mandamento do soberano –, tanto mais valorativos, quer dizer, impregnados de juízos de valor extrajurídicos, podem ser tanto a legislação quanto a jurisdição; e vice-versa. Ao mesmo tempo, quanto mais vinculantes e complexos sejam os critérios e valores de legitimação e deslegitimação internas, menores serão as exigências e as razões de legitimação e deslegitimação meramente externas; e vice-versa.

Tomemos o caso limite de um ordenamento que não incorpora nenhuma vinculação ou proibição ao poder punitivo do Estado. Seu princípio de legalidade – mas também de legitimidade – poderia ser formulado, parafraseando a máxima de Ulpiano, desta forma: “é delito o que (ou é réu o que) desagrada ao soberano”. Um ordenamento semelhante, que corresponde mais ou menos aos nossos modelos *S10* e *S11* do Estado absoluto de polícia e da justiça absoluta, não incorpora em suas normas acerca da produção normativa nenhum valor vinculante nem nenhuma condição limitativa de legitimação interna que não seja a formal da fonte das normas produzidas e, portanto, permite juízos de validade acerca destas totalmente avalorativos e não problemáticos, posto que independentes dos seus conteúdos e inteiramente coincidentes com os juízos acerca da vigência. Mas incorpora um imenso poder de valoração, nisto que é ilimitado e incontestável, na produção das normas que determinam o que é delito e que não são suscetíveis de deslegitimação interna, senão só de deslegitimação externa.

Tomemos como exemplo os artigos 290, 290-bis, 291, 292 e 402 do Código Penal italiano, que castigam quem publicamente “comete desacato” contra as instituições constitucionais, as Forças Armadas, a nação italiana, a bandeira ou a religião do Estado. Enquanto não existia no ordenamento italiano uma constituição rígida que incorporasse valores com a função de limites à validade das leis, o juízo acerca da validade destas normas era um juízo avalorativo coincidente com o relacionado à vigência; em qualquer caso resultava matéria de valoração e decisão potestativa o significado da expressão “cometer

desacato”, a fronteira entre “desacato” e crítica lícita. Pelo contrário, depois da entrada em vigor da Constituição, o ordenamento italiano contém também duas normas acerca da validade das leis que estatuem valores antitéticos aos expressados pelas normas relativas ao desacato, garantindo uma delas a liberdade de expressão e a outra a taxatividade das normas penais e, por conseguinte, a verificação e a avaliação dos juízos que aplicam-na. Ainda que vigentes, os artigos que fazem referência ao desacato são, por conseguinte, suscetíveis de deslegitimação não só externa, senão também interna, quer dizer, de juízos de validade ou de invalidez material que não são em absoluto uma mera questão de reconhecimento, senão problemáticos e avalorativos.

5. A deslegitimação jurídica: invalidade e ineficácia. As garantias

Recapitulando, podemos formular dois princípios teóricos que refletem duas relações conexas entre si: um princípio de proporção inversa entre incorporação limitativa e incorporação potestativa, em virtude do qual quanto mais valores incorpore um sistema punitivo, na forma de limites ou proibições nos níveis normativos superiores, menos incorporará na forma de potestades nos níveis inferiores; e um princípio de proporção inversa entre legitimação externa e legitimação interna, em virtude do qual quanto maior é a legitimação política ou externa dada a um ordenamento por valores ético-políticos incorporados em seus níveis normativos superiores, maior é a capacidade de deslegitimação jurídica ou interna que eles exercem sobre seus níveis normativos inferiores.

Esses dois princípios permitem explicar a estrutura lógica dos juízos de legitimação e de deslegitimação nos complexos ordenamentos, articulados nas diversas categorias ou níveis de normas. Nesses ordenamentos, como se tem afirmado, cada nível pode ser contemplado ao mesmo tempo como normativo em relação ao nível inferior e como fático em relação ao nível superior, de forma que os juízos jurídicos de validade e invalidez acerca de normas inferiores ou produzidas coincidem com os juízos fáticos de eficácia e ineficácia acerca das normas superiores relacionadas com sua produção. Disso segue-se que nos Estados de direito a incorporação limitativa, ao vincular a produção de normas a condições substanciais de validade, é sempre um fator de potenciais antinomias – quer dizer, de conflitos ou de divergência entre modelos normativos acerca da produção e práticas efetivas da produção de normas – geradas pela possível violação dos modelos por parte das práticas e, por conseguinte, pela possível ineficácia dos primeiros e a correlativa invalidez dos segundos. Esta endêmica possibilidade de contradição entre normas pode parecer um defeito do Estado de direito.

Mas é, ao contrário, o pressuposto da sua função garantista. Num Estado absoluto, quer dizer, carente de incorporação limitativa, não existem antinomias decorrentes de divergências entre níveis normativos, posto que nele a validade das normas identifica-se com sua vigência: a intervenção penal (como qualquer outra intervenção da autoridade) é, em tal caso, eminentemente valorativa e potestativa, quer dizer, está presidida por critérios substancialistas e discricionários de caráter extrajurídico, mas nem por isso é suscetível de juízos de invalidez material, além dos de injustiça. Inversamente, num Estado de direito, caracterizado pela separação entre validade e vigência, a ausência de validade das normas inferiores e a ineficácia das superiores estão ligadas estruturalmente às possíveis derrogações das segundas por parte das primeiras, que dependem não só da inclinação à ilegalida-

de e da imunidade dos aparatos inferiores frente ao controle, senão também da extensão da incorporação limitativa de garantias nas normas superiores e da objetiva dificuldade daquelas em satisfazer estas.

Pode-se dizer, inclusive, que quanto mais altos e ambiciosos são os valores de justiça professados e perseguidos por um ordenamento, e quanto mais complexas e vinculantes são as garantias incorporadas para tal fim em seus níveis normativos superiores, mais ampla é a possível divergência entre modelos normativos e práticas efetivas e, por conseguinte, o índice de ineficácia das primeiras e de falta de validade das segundas: por exemplo, um ordenamento que incorporasse integralmente ~~o~~ nosso modelo garantista SG, que, como sabemos, encerra alguns elementos de utopia, resultaria marcado por um percentual não eliminável de ilegitimidade interna. Por outro lado, o caráter estrutural da divergência entre modelos normativos superiores e práticas efetivas inferiores, que pode ocorrer em distintos graus, mas que dificilmente pode ser anulado, determina que no Estado de direito se possa aspirar ao máximo a um alto grau de legitimação interna ou jurídica, mas nunca a uma legitimação jurídica total. Por esta razão, “o Estado de direito” pode ser definido, com uma fórmula que será precisada no capítulo 13, como um ordenamento cuja legitimação externa reside essencialmente no fato de que torna possível a deslegitimação interna do poder.

A divergência estrutural entre validade e vigência, ou entre níveis normativos superiores e níveis normativos inferiores, ou entre *dever ser* e *ser no direito*, constitui o principal objeto de investigação de uma teoria garantista e analítica do direito penal, da mesma forma que a divergência entre justiça e validade, ou entre ponto de vista político externo e ponto de vista jurídico interno, ou entre *dever ser* e *ser do direito* constitui o objeto privilegiado de uma filosofia analítica da justiça penal. Podemos chamar de *justiça interna* (ou *legal*) à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis em relação à constituição e das sentenças em relação às leis; e podemos chamar de *justiça externa* à correspondência entre validade e justiça, quer dizer, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos. Devido ao caráter estrutural de ambas as divergências, caberia falar, obviamente, apenas de *graus* de justiça tanto externa quanto interna. O grau de justiça externa se mede pela quantidade e qualidade dos princípios de justiça incorporados limitativamente nos níveis normativos mais altos do ordenamento; o grau de justiça interna depende da quantidade e qualidade das garantias das quais esteja dotado o ordenamento, ou seja, das técnicas institucionais capazes de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade dos princípios incorporados.

As duas divergências entre *dever ser* e *ser do* e *no* direito penal e aos dois problemas dos conseqüentes graus de justiça e injustiça dos sistemas penais em geral e da validade e invalidade do sistema italiano em particular, ocupam-se a terceira e quarta partes deste livro. Nelas analisarei os critérios de legitimação e deslegitimação de “quando” e “como” punir, proibir e julgar, representados pelos axiomas garantistas do nosso sistema SG, em grande parte incorporados à Constituição italiana. Estas garantias equivalem a outras tantas respostas – externas e, se incorporadas, também internas – às seis questões acerca do “quando” e “como” da legitimação do direito penal; e estão dispostas no SG, segundo uma ordem lógica que corresponde aos dois problemas da legitimação em relação aos quais se configuram como respostas.

27. QUANDO PUNIR? O PRINCÍPIO DA RETRIBUIÇÃO PENAL

1. A pena como sanção *post delictum*

O problema do *quando* (ou do *que*) punir é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal. A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crimine*, que constitui o axioma A1 do nosso sistema SG. A pena, segundo este princípio formulado nitidamente nas célebres definições de Grócio, Pufendorf e Thomasius, é uma sanção cominada *ab malum actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*,¹³ isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do *princípio de retribuição* ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas.¹⁴ Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*.

Hans Kelsen simbolizou este nexos consequencial entre ilícito e sanção com a conhecida fórmula: “se A, então (deve ser) B”, onde “A” representa o “ilícito” (ou mais especificamente o “delito”), “B” a sanção (ou mais especificamente a “pena”) e “se... então”, a relação de imputação ou causalidade jurídica entre o ato e seu efeito jurídico.¹⁵ Para expressar o valor garantista desta relação, a fórmula kelseniana há de transformar-se, no entanto, na implicação inversa: “se B, então (deve ser) A”, ou na equivalente “se não A, então não (deve ser) B”, que é precisamente o princípio *nulla poena sine crimine*, expressado por nosso axioma A1 e que se remonta, muito antes de Feuerbach, a Ulpiano, que o enunciou da forma mais completa e inequívoca: “aliud ‘fraus’ est, aliud ‘poena’; fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest”.¹⁶ O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”.¹⁷ “Retribuição”, escreve incisivamente Alf Ross, “é, por definição, prevenção”.¹⁸ Mas o contrário não é necessariamente verdadeiro, posto que se pode prevenir sem retribuir algo: o fim da prevenção, se bem que entrelaçado ao princípio retributivo, por sua vez, não o implica, podendo ficar satisfeito também por meio da punição desarrazoada do inocente. A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc. “Todos os castigos de súditos inocentes”, afirma Hobbes, “sejam grandes ou pequenos, opõem-se à lei natural uma vez que a punição só se dá em razão da transgressão da lei, não se podendo, portanto, aplicar uma pena a um inocente”.¹⁹

Esta primeira e fundamental garantia do direito penal fica debilitada, como veremos no capítulo 11, em face de todo o amplo sistema das medidas punitivas *ante* ou *extra delictum* – das medidas de prevenção à prisão preventiva – desenvolvida após o século XIX em quase todos os ordenamentos, com o aval das culturas penais da defesa social e da prevenção especial. Para esta crise do princípio retributivo certamente contribuiu a carga persuasiva associada ao fim da prevenção,²⁰ que tem sido tomado por muitos utilitaristas como critério de distribuição das penas, de maneira exatamente oposta e simétrica àquela que muitos retribucionistas, como se viu no parágrafo 19.3, adotaram como fim da pena. Com efeito, se a prevenção é concebida não somente como fim da pena (o “porquê” punir), senão também como seu critério de aplicação (o “quando” punir), desaparece qualquer razão para ser punido somente pelo que se fez e não também pelo que se é, ou, inclusive, pelo que parece ou é possível que se seja, ou pelo que parece que se fez ou que se é, segundo a opinião geral, à qual é destinada a função dissuasória e disciplinatória da pena.

Desta forma, a idéia utilitarista de prevenção, quando apartada do princípio de retribuição, tem-se transformado num dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se às doutrinas correcionalistas da defesa social e da prevenção especial e legitimando as tentações subjetivistas nas quais, como veremos, nutrem-se as atuais tendências em favor do direito penal máximo. Também nela inspirou-se o principal teórico marxista do direito, Evgenii Pasukanis que, partindo da tese do nexo entre “forma de mercadoria” e “forma jurídica” e de uma imprópria configuração contratualista da relação entre pena e delito, chegou a rejeitar – em favor de “medidas de defesa social” não controladas por regras jurídicas, senão só por “regras técnicas” diretamente orientadas à defesa da sociedade – a forma jurídica do princípio retributivo, interpretada por ele como a versão penal do “intercâmbio de equivalentes” que teria se implantado com a lógica mercantilista e sinalagmática própria do capitalismo.²¹

2. Concepções formalistas e concepções substancialistas do princípio retributivo: *pena quia prohibitum* e *pena quia peccatum*

Ainda em discussão desde vários ângulos e amplamente violada tanto no nosso como em outros ordenamentos, a garantia do caráter retributivo está incorporada, em linha de princípio, como critério primário de legitimação interna, a todos os sistemas penais menos elementares que os irracionais da mera prevenção (S8), do Estado de polícia (S9) e da justiça do cádi (S10). A questão, tanto externa quanto interna, do “quando punir” desemboca conseqüentemente na da definição de “delito”, ou na das condições de uso e aplicação do conceito de “delito”. Destas condições depende a subsistência de garantias mais específicas para a aplicação da pena. E a propósito delas tem-se dividido o pensamento penal, segundo as duas grandes linhas mostradas no começo deste livro: de um lado, as concepções formalistas; de outro, as concepções substancialistas. São doutrinas formalistas aquelas que consideram “delitos” todos – e somente – os previstos por uma lei válida como pressupostos de uma pena, segundo o princípio *nullum crimen sine lege* expressado por nosso axioma A2. São, pelo contrário, substancialistas as que, na definição do conceito de “delito”, fazem referência também a elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico. Conforme as primeiras, os delitos são *quia prohibita*; de acordo com as segundas, são *quia peccata*.

O contraste entre concepções formalistas e concepções substancialistas do delito encontra-se expressado de maneira mais incisiva no *Dialogue between a Philosopher and a Student*, de Hobbes. Hobbes define o delito “como qualquer ofensa para a qual a lei do país estabelece uma pena”.²² E se opõe firmemente às conotações moralistas que imprimem à noção de delito em geral, e às dos diferentes e específicos delitos, as definições substancialistas propostas por Sir Edward Coke: “basta-lhe”, diz, “impor um apelativo abominável a um ato qualquer para fazer dele um delito”.²³ Entendida nestes termos, a oposição entre formalismo e substancialismo equívale à existente entre concepção juspositivista do delito, baseada no princípio de legalidade e na correspondente predeterminação e certeza legal dos fatos puníveis (*ius quia iussum*), e a concepção jusnaturalista, baseada em princípios ou valores extralegais ou de direito natural (*ius quia iustum*). Está claro, por conseguinte, que após o processo de codificação do direito penal e da incorporação do princípio de legalidade aos ordenamentos evoluídos como critério fundamental de legitimação (ou deslegitimação) jurídica ou interna do poder punitivo, as condições formais indicadas por Hobbes passam a ser consideradas necessárias e as substanciais indicadas por Coke insuficientes para integrar a definição de “delito”.²⁴ Para a existência de um delito e para a aplicabilidade de uma pena é certamente necessária a previsão de um e de outra por parte da lei penal, e, mais precisamente, a proibição do primeiro e a prescrição da segunda, de acordo com os três princípios clássicos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, expressados por nossas teses A1, A2 e T1.

Ainda que tenha perdido grande parte da sua relevância política, o conflito entre formalismo e substancialismo tem-se prolongado, no entanto, até nossos dias, deslocando-se para uma questão em parte diferente: se as condições formais ou legais são suficientes, além de necessárias, ou se, pelo contrário, as conotações substanciais ou extralegais são necessárias, ainda que não sejam suficientes, para definir o conceito de delito. Sustentam a primeira tese, de tipo formalista, os juristas de formação positivista que assumem o princípio de legalidade penal como critério exaustivo e exclusivo da noção teórica de “delito”, e, portanto, consideram delitos todos (e somente) os previstos como tais por uma lei válida. Recorde-se, a título de exemplo – além de Hobbes – Espinoza,²⁵ Bentham,²⁶ Carmignani,²⁷ Carrara,²⁸ Kelsen,²⁹ Manzini,³⁰ Carnelutti,³¹ Antolisei³² e, com resultados praticamente idênticos, as teorias criminológicas do *labelling approach*.³³ Em coerência com tais pressupostos, as orientações formalistas distinguem os *ilícitos penais* dos *demais ilícitos jurídicos* – cíveis e administrativos³⁴ – com base na única circunstância extrínseca de que para eles a lei dispõe de uma pena ao invés da sanção do ressarcimento do dano ou de uma sanção administrativa; e classificam-nos em *delitos* e *contravenções* ou outros tipos de ilícitos penais, unicamente em razão do tipo da pena (reclusão ou detenção, multa de quantia maior ou menor) estabelecida para eles pela lei.³⁵

Pelo contrário, situam-se na linha substancialista todas as orientações teóricas que atribuem à “juridicidade” e, correlativamente, à “antijuridicidade”, algum fundamento ontológico de tipo meta ou pré-jurídico, sobre o qual se baseia uma definição real de “delito”, dirigida a completar ou acompanhar sua definição nominal ou legal. Dentro desta linha distinguem-se múltiplas variantes, segundo o caráter ético, sociológico, político ou antropológico do fundamento metajurídico eleito: das teorias moralistas de autores como Pellegrino Rossi, Maggiore, Bettiol, Stephen e Denning, que definem o delito como ofensa à “ordem ético-jurídica”,³⁶ ou ao “mínimo ético”,³⁷ ou ao “equilíbrio moral”,³⁸ ou di-

retamente como “vício”³⁹ ou “pecado”⁴⁰ às concepções teleológicas de Jhering, Liszt, Jellinek, Florian e Arturo Rocco, que fundamentam a noção de delito na de “perigo” para a sociedade;⁴¹ das doutrinas criminológicas positivistas do “delito natural” como “ação anti-social” ou contrária à “moralidade média”, sustentadas por Garófalo,⁴² Ferri, Berenini⁴³ e Grispigni⁴⁴ à teoria das *Kulturnormen* de Marx Ernst Mayer⁴⁵ e às da “antijuridicidade material” junto e acima da “antijuridicidade formal” elaboradas por Liszt, Zu Dohna, De Marsico e Messina.⁴⁶ Nesta ordem de idéias, também a diferenciação entre delito e ilícitos civis depende de critérios substanciais, como a irreparabilidade frente à reparabilidade do dano causado,⁴⁷ ou o alarme ou o dano social produzido pelos delitos em relação ao simples dano ou perturbação individual provocados pelos ilícitos civis,⁴⁸ ou a periculosidade social expressada pelos primeiros comparada com a simples lesividade dos segundos;⁴⁹ do mesmo modo que se fundamenta sobre bases substanciais a distinção entre delitos e faltas, que muitos ultimam assinalando somente aos primeiros a qualificação de *mala in se* ou *quia peccata* e reservando às segundas a de *mala* só que *quia prohibita*.⁵⁰

3. Critérios de validade e critérios de justiça

Parece-me evidente que, enquanto as definições formalistas do delito (e as correlativas classificações dos ilícitos) fazem referência à legitimação interna, as definições substancialistas (e os respectivos critérios tipológicos) fazem referência à legitimação externa. Mais precisamente, as primeiras descrevem um critério de *validade*; as segundas prescrevem critérios de *justiça*. Entendidas nesse sentido – umas como assertivas ou descritivas, as outras como axiológicas ou prescritivas –, as duas classes de definições são perfeitamente compatíveis entre si. As definições formalistas enunciam um critério de identificação jurídica dos delitos que é ao mesmo tempo a principal garantia normativa de certeza. As definições substancialistas recomendam, ao contrário, finalidades genéricas ou critérios de justificação externa pelos quais teria de guiar-se a legislação penal. Jeremy Bentham tem expressado a compatibilidade entre as duas classes de definições, distinguindo os dois tipos de discurso aos quais pertencem: “se se trata da descrição de um sistema de leis positivas, *delito* é tudo aquilo que o legislador proibiu, seja por boas ou más razões; se, pelo contrário, trata-se de uma teoria dirigida a descobrir as melhores leis possíveis, segundo o princípio de utilidade, chamaremos *delito* a todo ato que se considere que deva ser proibido em razão de um mal qualquer que faz surgir ou que pode vir a fazer surgir”.⁵¹

Está claro que somente as definições formalistas podem servir como definições jurídicas do delito e como respostas pertinentes, ainda que seja somente desde o ponto de vista interno, à questão “quando punir”. As segundas, pelo contrário, além de inúteis como definições jurídicas do delito, são respostas bastante frágeis – e, em muitos casos, como veremos, amplamente discutíveis – ao único problema da legitimação externa do “quando proibir”. Por outro lado, uma vez reconhecido que o princípio de legalidade penal incorporado ao direito positivo moderno como critério de legitimação interna é em todo caso uma garantia irrenunciável contra o arbítrio punitivo e como tal tem também o valor de um fundamental princípio de justiça,⁵² o problema da legitimação do “quando castigar” desloca-se inteiramente àquele outro, do qual iremos tratar no capítulo 8, do “quando proibir”, ou dos elementos constitutivos ou das razões substanciais que justificam a proibição legal de um fato como delito.

28. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

1. A definição teórica de “delito”. O princípio da mera legalidade e o primeiro postulado do positivismo jurídico

Se as definições formalistas e as definições substancialistas do delito estivessem concebidas nos termos indicados, não valeria a pena despendar mais palavras sobre elas e o discurso sobre a legitimação do “quando punir” poderia considerar-se encerrado. Nem sempre, no entanto, tem-se feito distinção entre o ponto de vista da legitimação interna, que é próprio das primeiras, e o da legitimação externa, que é próprio das segundas. O persistente conflito entre os dois enfoques, em virtude do qual a definição teórica do “delito” continua sendo ainda hoje uma operação que permite diferenciar entre culturas penais e modelos antitéticos de direito penal, explica-se, pelo contrário, em razão do fato de que a legitimação interna e a legitimação externa, em contraposição com as três teses teóricas da separação entre direito e moral formuladas no parágrafo 15.2, com frequência confundem-se bastante. Isso acontece sobretudo com as definições substancialistas, que, como se disse, quase sempre são apresentadas, ainda que seja como integração das formalistas, como definições teórico-descritivas que não se limitam a dizer que os delitos “devem ser” (selecionados entre os) *peccata* em algum sentido desta palavra, senão que afirmam também que “são” e que precisamente por isso estão *prohibita*.⁵³ Inversamente, ainda que mais raramente, acontece de as definições formalistas levarem até o fim operação contrária, propondo-se como definições filosófico-prescritivas que não se limitam a dizer que os delitos “estão” *prohibita*, senão que afirmam também que precisamente por isso “devem ser” considerados *peccata*.⁵⁴ Em suma, para as concepções do primeiro tipo, os delitos estão *prohibita quia peccata*; para as do segundo, devem considerar-se *peccata quia prohibita*. Em ambos casos, temos uma confusão entre direito e moral, ou entre legitimação interna e legitimação externa. As doutrinas substancialistas, na medida em que reduzem a legitimação interna à externa, incorrem numa forma de *moralismo* ou *naturalismo jurídico* viciado pela falácia normativista; as doutrinas formalistas, na medida em que reduzem a legitimação externa à interna, incorrem numa forma de *legalismo ético* ou *natural* viciado pela falácia naturalista.

O resultado político destas duas confusões opostas é o mesmo: a legitimação externa conferida acriticamente aos conteúdos substanciais do direito positivo, seja considerando-os válidos também porque são substancialmente justos, seja considerando-os justos somente porque são formalmente válidos. Em qualquer caso, a associação entre delito e pecado ou entre antijuridicidade e anti-sociabilidade equivale a atribuir valor externo às leis penais vigentes e, de fato, à negação do problema autônomo de sua justificação ético-política. Mais precisamente, as teses jurídico-substancialistas (ou moralistas) que afirmam que os delitos são tais (também) pelas suas características intrínsecas servem para mistificar o direito penal vigente, reconhecendo-o de um modo apriorístico, segundo as diferentes referências ontológicas, como reflexo ou produto da moralidade média, do sentimento do povo, da natural anormalidade da desviação castigada, de exigências objetivas de defesa social etc. As teses ético-formalistas (ou legalistas) que afirmam que os comportamentos imorais, naturalmente anormais ou socialmente prejudiciais são tais (só) porque estão castigados pela lei como delitos acabam servindo para neutralizar o juízo moral e político, subordinando-o às opções *potestativas* do sistema penal.

Estas mistificações, como se disse no parágrafo 15.2, contradizem o *princípio de mera legalidade* aqui expressado mediante o axioma A2 e comprometem a objetividade ou positivismo do direito penal como universo do discurso da ciência jurídica. O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, como norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra meta-científica, que chamarei de *primeiro postulado do positivismo jurídico*: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado). Ao mesmo tempo, as duas confusões mencionadas vão em detrimento da autonomia da crítica política, da análise histórica e da investigação sociológica e criminológica acerca do direito penal vigente ou das opções legislativas objeto de estudo. Efetivamente, só adotando-se uma noção exclusivamente formal do delito e abandonando-se todo moralismo ou naturalismo jurídico será possível interpretar e criticar o sistema substancial dos delitos previstos num determinado ordenamento pelo que efetivamente é: o catálogo – estabelecido com caráter autoritário e hierarquicamente ordenado sobre a base das diferentes medidas da pena – dos interesses e dos bens jurídicos protegidos por esse ordenamento.⁵⁵ E somente separando o direito da moral, e reconhecendo-se o caráter inteiramente artificial, convencional e contingente das figuras legais de caráter penal, pode-se evitar o artifício ideológico de superpor ao desvalor jurídico um apriorístico desvalor moral, natural, ou em qualquer caso substancial, e, por conseguinte, de subordinar as investigações criminológicas e, por outro lado, os juízos ético-políticos ao ponto de vista interno dos juízos de desvalor jurídico que constituem o objeto de umas e de outros.⁵⁶

2. A definição legal de “delito”. O princípio da estrita legalidade e o segundo postulado do positivismo jurídico

Se o substancialismo jurídico e o formalismo ético convergem desde o ponto de vista externo na deformação científica e na atribuição ideológica de valor ao direito penal vigente, as orientações substancialistas apresentam, desde o ponto de vista jurídico ou interno, o defeito último de conflitar com o princípio de estrita legalidade e de serem por isso acordes com sistemas autoritários de direito penal máximo. “Quando se produza um fato novo”, escrevia em 1939 o jurista moralista Giuseppe Maggior, “que seja *substancialmente*, mas não *formalmente* delito, porquanto não esteja incriminado por nenhuma disposição legal, o que fará o Estado? O Estado liberal, frente a uma eventualidade semelhante, permanecerá inerte, paralisado pelo ordenamento jurídico que lhe ordena *nec plus ultra*, e, ainda lastimando a impossibilidade de agir, tolerará que impere a completa impunidade; o Estado totalitário, ao contrário, ordenará a seus juízes que punam, criando eles a norma que falta”.⁵⁷ E Francesco Carnelutti acrescentava: “Não existe nenhuma verdadeira razão pela qual um ato socialmente prejudicial apesar de não expressamente encontrar-se previsto pela lei penal não possa ser punido”.⁵⁸

Teses tão extremadas, que chegam à negação pura e simples do princípio de legalidade penal, certamente não seriam compartilhadas pela maior parte das doutrinas substancialistas, que, como se disse, propõem definições reais do delito como integração, e não como substituição, das nominais ou legais. No entanto, a alternativa entre formalismo e substan-

cialismo reproduziu-se também na ciência e na prática da legislação penal, manifestando-se nas diferentes respostas à questão, distinta da examinada até agora, da estrutura da definição já não teórica ou dogmática senão legislativa das figuras de delito: quer dizer, se está vedado ou permitido às leis penais prever elementos substanciais, valoráveis por meio de juízos de valor, como condições não só necessárias senão também suficientes para configurar os delitos, ou, pelo contrário, se há de aceitar-se ou rejeitar-se nossa primeira tese axiológica, enunciada no parágrafo 15.3, acerca da separação entre direito e moral.

Não há dúvida de que as orientações substancialistas, preocupadas sobretudo em dar à noção de delito fundamentos ontológicos – como a imoralidade, a periculosidade, a anormalidade psicofísica etc. – têm favorecido o desenvolvimento de sistemas penais caracterizados pela incorporação potestativa dessa classe de juízos de valor como condições suficientes e não só necessárias de identificação dos delitos. Uma incorporação semelhante, como tem-se visto, apesar de estar em conformidade com o princípio de mera legalidade, contradiz o princípio de legalidade estrita, cuja função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos. Naturalmente, a relação entre culturas penais e sistemas de direito penal é, como sempre, uma relação circular, em que as primeiras influenciam os últimos e estes condicionam as primeiras. Assim, sistemas penais caracterizados pela incorporação potestativa de elementos abertamente substancialistas às definições legais do conceito de delito e/ou de cada um dos tipos penais⁵⁹ impõem, inevitavelmente, referências extralegais na definição teórica daquele e/ou nas configurações dogmáticas e judiciais destes. Mas, é igualmente certo que estes tipos de modelos têm sempre atrás de si doutrinas substancialistas, baseadas na idéia de que o delito seja captado, além do que diz a lei, em sua identidade ontológica de *malum in se*.

Tem acontecido, assim, como veremos analiticamente no capítulo 8 e na quarta parte, que as doutrinas substancialistas que se proliferaram com a reação antiiluminista do século passado nas últimas versões anteriormente recordadas, têm inspirado – no melhor dos casos – modelos penais de legalidade atenuada, quer dizer, caracterizados por figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia *in malam partem*, pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como ao juízo sobre a sua “periculosidade” e às correspondentes medidas preventivas. E têm aberto o caminho – nos piores casos – às mais nefastas doutrinas abertamente antiformalistas que têm constituído a base teórica dos ordenamentos penais totalitários. Refiro-me, antes de tudo, à doutrina penal nazista do “tipo de autor” (*Tätertyp*), que não identifica a desviação punível com as figuras normativas dos delitos (o homicídio, o furto, o ato de subversão), mas por meio das figuras normativas dos réus (o tipo subjetivo do homicida, do ladrão ou do subversivo), dando relevância aos delitos somente enquanto “sintomas” de personalidade anti-sociais, desleais ou criminosas a interpretar ou “intuir”, como diz o art. 2.º do Código Penal nazista, sobre a base do “são sentimento do povo”. Refiro-me, em segundo lugar, às doutrinas soviético-estalinistas, seja às do “inimigo do povo”, análogas às do *Tätertyp*, na medida em que se baseiam também na relevância exclusiva do elemento subjetivo da personalidade desleal, seja às que, ao contrário, apontam para o substancialismo do ele-

mento objetivo, configurando o delito como ação em si “socialmente prejudicial ou perigosa” a valorar por referência à materialidade do fato concreto e que há que se impedir, representando uma manifestação patológica não diferente das enfermidades mentais. Seu combate se daria por meio de “medidas de defesa social” de caráter técnico e/ou terapêutico, em vez de utilizar penas predeterminadas e quantificadas. Por último, refiro-me às doutrinas antropológicas e positivistas do “delito” e do “delinqüente natural”, a quem se deve tratar ou neutralizar mais do que punir, baseadas no elemento da “periculosidade social”, e às quais tanto espaço tem-se dado no nosso e em muitos outros ordenamentos contemporâneos, e que têm informado toda a vasta legislação lançada a partir do século XIX contra as “classes perigosas”, os que tivessem antecedentes e todos os sujeitos etiquetados de um modo ou de outro como “anti-sociais” (desocupados, vagabundos, propensos ao delito, viciados, traficantes etc.).

É fácil compreender que todas essas doutrinas, que compartilham a confusão substancialista entre delito e pecado combinam de uma forma ou de outra com as doutrinas correcionalistas da pena como técnica de prevenção especial, caracterizadas, também, como se tem visto, pela mesma confusão entre direito e moral, ou entre direito e natureza. Mais precisamente, as doutrinas que valorizam o substancialismo do elemento subjetivo do delito costumam estar associadas às doutrinas pedagógicas da emenda ou às terapêuticas do tratamento curativo, que apontam sobretudo para a prevenção especial positiva; enquanto as baseadas na relevância atribuída à materialidade do elemento objetivo e, particularmente, na periculosidade costumam estar associadas às doutrinas da defesa social, as quais se orientam sobretudo para a prevenção especial negativa. Em qualquer caso, todas dão ensejo, junto às correspondentes doutrinas acerca do fim da pena, a modelos de direito penal máximo e antigarantista, nos quais, de fato, remete-se à livre valoração do juiz a decisão não somente do “quando”, senão, também, como se verá, do “como” punir.

Entre culturas penais e estruturas formais dos ordenamentos penais existe, por conseguinte, uma interação recíproca, que depende do nexo que liga a definição teórica do delito e de cada uma das figuras delituosas às definições legislativas desses mesmos conceitos e ao caráter (somente) amplo ou (também) estrito do princípio de legalidade penal. Da mesma forma que o princípio de mera legalidade, também o *princípio de estrita legalidade*, que opera consoante a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno* etc., como norma de reconhecimento de todas as leis penais formuladas validamente e só destas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, à qual poderíamos chamar de *segundo postulado do positivismo jurídico*: mais precisamente, na medida em que condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras de delito que elas definem, equivale a uma regra-semântica acerca das condições de uso da palavra “verdadeiro”, não só na prática penal, mas, da mesma forma, na ciência jurídica. Também no plano científico são possíveis definições assertivas e juridicamente verificáveis do que seja delito somente se as correspondentes definições legislativas satisfazem o princípio de estrita legalidade, quer dizer, se estão dotadas de uma extensão tão determinada quanto seja possível. Inversamente, somente a análise e a redefinição teórica rigorosa dos elementos constitutivos do delito e de seus modos de comprovação estão em condições de oferecer ao legislador uma técnica de formulação das leis penais que se atenha o quanto possível ao princípio de estrita legalidade, quer dizer, às condições semânticas estabelecidas por este para o uso da palavra “verdadeiro” na linguagem penal.

3. Legalidade ampla e legalidade estrita. Legitimação formal e legitimação material

Da diferenciação entre o princípio de mera legalidade e o princípio de estrita legalidade penal já falamos amplamente no curso deste livro, particularmente nos parágrafos 1, 5, 6.3, 7.2, 9, 14.3, 15, 25 e 26. Com relação ao estatuto semântico das leis, tenho distinguido, em primeiro lugar, entre estrita legalidade e mera legalidade, conforme as previsões legais das figuras delituosas estejam mais ou menos dotadas de denotação empírica taxativa. Defini, depois, o princípio de mera legalidade como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal; e o princípio de estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados “verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados.

Sobre esta base configurei os dois princípios como outras tantas normas acerca da produção de normas (a primeira suposta pela segunda) que ditam duas técnicas diferentes de formação das leis, idôneas para configurar outros tantos modelos de legalidade penal: um exposto a integrações substancialistas por parte do juiz, outro tendencialmente cognitivo enquanto vinculado à verificação processual. Após, uni aos dois princípios de legalidade outros tantos princípios de jurisdicionalidade, os quais fundamentam dois modelos distintos de juízo penal: enquanto o princípio de mera legalidade, ao fazer equivaler à simples reserva de lei qualquer que seja o modo em que as leis estejam formuladas, prescreve apenas a sujeição do juiz à lei, o princípio de estrita legalidade, na medida em que faz da reserva da lei uma reserva absoluta, permite, ademais, configurar a sujeição do juiz à lei como sujeição somente à lei. Depois distingui, em relação à estrutura lógica das diferenças de categorias entre as diversas normas nos ordenamentos complexos dos modernos estados constitucionais de direito, entre vigência e validade das normas penais: a primeira assegurada (só) pela mera legalidade ou conformidade formal às leis dos atos de produção normativa, a segunda (também) pela estrita legalidade ou conformidade substancial às leis dos significados ou conteúdos das normas produzidas. Finalmente, ascendendo do plano da epistemologia do juízo ao da epistemologia da ciência jurídica, reconheci aos dois princípios o valor de outros tantos postulados metacientíficos do positivismo jurídico, que desempenham respectivamente o papel constitutivo do caráter positivo ou objetivo do direito vigente como universo do discurso da ciência jurídica e o papel, igualmente constitutivo, do caráter assertivo e empiricamente verificável dos discursos científicos, além dos de caráter judicial, formulados sobre a base do direito válido. Estrita legalidade e mera legalidade penal têm sido conseqüentemente reconduzidas, neste parágrafo, a primeira à natureza empírico-formalista, e a outra à valorativo-substancialista das definições legislativas do conceito de delito e de cada uma das figuras delituosas, e portanto à possibilidade de reformular em relação às mesmas em sede teórica e dogmática definições assertivas empiricamente controláveis ou definições valorativas encomendadas fundamentalmente às opções do jurista.

Acrescento agora que, enquanto o princípio de mera legalidade, ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio de estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se

refere só ao direito penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos Estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo. Já historicamente em declínio qualquer perspectiva jusnaturalista, as vias do substancialismo jurídico, como se disse no parágrafo 14.3, passam hoje – com paradoxo só aparente – pelo positivismo jurídico ou pelo legalismo ético, quer dizer, pela valoração política do princípio de mera legalidade como norma exclusiva e exaustiva sobre a produção de normas e a conseqüente legitimação jurídica de qualquer lei vigente ainda que seja incapaz, pela sua falta de determinação, de vincular sua aplicação ou, o que é pior, esteja abertamente encaminhada a permitir aplicações de tipo substancialista ou decisionista.

Explica-se, assim, a diferente estrutura lógica das implicações com as quais tínhamos expressado os dois princípios de legalidade no nosso sistema *SG*. O princípio de mera legalidade (T67), que se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo, constitui o pressuposto elementar somente do princípio de retribuição, que não se completa na falta daquele; o princípio de estrita legalidade (T58), que exige, ademais, uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e as processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa –, na falta das quais não se perfaz. Por meio da distinta forma lógica de um e de outro princípio se compreende a diferente função que atribuem à lei: *condicionante* em razão do princípio de mera legalidade (*nulla poena nullum crimen sine lege*), que é uma norma dirigida aos juízes acerca das leis vigentes às quais estão sujeitos; *condicionada* em razão do princípio de estrita legalidade (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione...*, *sine defensione*), que é, ao contrário, uma norma dirigida ao legislador concernentemente à formação válida de leis penais. A lei, em outras palavras, se bem seja *exigida* em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, *exige*, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito. Diremos, portanto, para expressar conjuntamente os dois princípios: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Estas duas versões do princípio de legalidade, na primeira das quais a lei figura como condicionante e, na segunda, como condicionada, no meu entender, não se referem só ao direito penal. Como veremos no parágrafo 57.1, definem conjuntamente a complexa estrutura da legalidade no Estado de direito. Portanto, são também aplicáveis aos demais setores do ordenamento, nos quais igualmente podemos distinguir entre mera legalidade e estrita legalidade, colocando a primeira em relação com a *legitimação jurídica formal* subsequente à vigência das normas produzidas e a segunda em relação com a *legitimação jurídica material* que deriva dos vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às constituições: não

à garantia da liberdade, que em matéria penal supõe a taxatividade e, portanto, a verificabilidade e refutabilidade empíricas das hipóteses de delito, senão às garantias de outros bens ou direitos fundamentais, sejam de liberdade ou sociais, que podem não ter nenhuma vinculação com o princípio de taxatividade. Com efeito, no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa. Sobre tal base será possível, na última parte deste livro, configurar a teoria geral do “Estado de direito” como teoria do garantismo e traçar seus princípios por meio da análise das diversas formas de garantia idôneas a assegurar sua efetividade em relação aos diferentes tipos de direitos “fundamentais”, que assim o são porque os valores que expressam “fundamentam” e justificam a existência mesma desses “artifícios”, como chamou-os Hobbes, que são o direito e o Estado e que são colocados à disposição, para a própria satisfação dos homens.

4. A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia

Podemos relacionar ao princípio de legalidade em sentido amplo e ao princípio de legalidade estrita, em razão de sua diferente estrutura lógica, respectivamente, outras duas garantias mais específicas: o princípio de irretroatividade das leis penais e o princípio de proibição de analogia penal *in malam partem*, ambos essenciais para assegurar o que no parágrafo 8 chamamos de “certeza do direito penal mínimo”.

A *irretroatividade das leis penais* é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. Se “a pena”, afirma Hobbes, “supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão”, “o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei”,⁶⁰ por isso “nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito”.⁶¹ Por outro lado, o princípio de irretroatividade costuma vir contemplado nos textos constitucionais juntamente com o princípio de legalidade: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito”, diz o art. 5.º da Declaração de 1789;⁶² e o art. 25 da Constituição italiana repete: “ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado”. Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa – a injustificabilidade de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários –, determinam que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação à mais desfavorável, se é mais antiga⁶³ que esta, e retroativa, se é mais nova.⁶⁴ Além disso, do ponto de vista externo, não há nenhuma razão para que a irretroatividade e a não ultra-atividade das leis penais mais desfavoráveis ao réu e a retroatividade e a ultra-atividade das mais favoráveis devam encontrar o limite da coisa julgada.⁶⁵

A *proibição da analogia*, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas

em relação aos fatos que se examinam, é obvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada “analogia antecipada”.⁶⁶ Também em relação à proibição de analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*,⁶⁷ ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade. Disso segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais. “Não está permitido estender as leis penais”, escreveu Francis Bacon, “a delitos não contemplados expressamente”; e “é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos”.⁶⁸

5. As vicissitudes do princípio de legalidade. Codificações e descodificações

A diferenciação entre sentido amplo e sentido estrito do princípio de legalidade penal e a associação a estas duas diferentes acepções, respectivamente, da irretroatividade e da proibição de analogia, permitem resolver, no plano historiográfico, as divergências entre aqueles que situam a afirmação do princípio na época antiga e aqueles que, ao contrário, consideram-no um produto moderno.⁶⁹ Sem adentrar numa reconstrução histórica, creio que se pode afirmar que enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista. Pode-se dizer, também, que a crise pós-iluminista da legalidade penal só se dá com o princípio em sentido estrito, mas não com o princípio em sentido amplo, o qual, ao contrário, se valora como fonte exclusiva e exaustiva de legitimação política.

É duvidoso que se possa falar de um princípio de legalidade propriamente dito no direito grego, no qual o costume ocupava um amplíssimo espaço, a lei escrita tinha somente o valor de um argumento probatório e a predeterminação do objeto da acusação, como foi visto no parágrafo 10.4, ficava confiada, mais do que à lei, ao mecanismo do *status*.⁷⁰ Ainda que seja limitado ao procedimento ordinário *per quaestiones*, o princípio de legalidade, tal como sucede em relação ao de irretroatividade, encontra-se, ao contrário, enunciado nas fontes romanas: “poena”, afirma Ulpiano, “non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est”.⁷¹ O procedimento *per quaestiones*, introduzido no século II a.C., não subsiste, no entanto, além da época de Augusto. Inclusive, em relação a ele, em qualquer caso, não se pode falar de um vínculo de estrita legalidade ou taxatividade, devido a que sempre admitiu-se o recurso à analogia, tanto no campo dos *crimina publica* como no dos *delicta privata*.⁷²

Tampouco na Idade Média foi-se além da afirmação do princípio de mera legalidade penal. Totalmente ignorado no direito germânico e no da Alta Idade Média, dominados pelo costume, o princípio de legalidade afirma-se em sentido amplo somente na *Magna Charta* inglesa⁷³ e, por outro lado, em certo período histórico da Itália, onde, no entanto, segue-se admitindo a analogia mediante a *interpretatio ad supplendum* e o *argumentum a simile*.⁷⁴ E, inclusive, no sentido amplo parece que se dissolve nos séculos XV-XVII, com esse conjunto de arbítrios ilegais e de práticas presididas pela analogia e pelo costume que caracterizou a prática penal do pré-iluminismo. Contra semelhantes abusos tentaram se opor muitos juristas italianos – de Pietro Advenate a Farinaccio, de Giovanni Zuffi a Tibe-

rio Deciani – e alguns textos legais do século XVII, como o Código Penal de Bamberg, a *Constitutio criminalis* de Carlos V e a *Petition of Rights* inglesa de 7 de junho de 1628. Mas não faltaram famosos juristas, como Benedikt Carpzov, que os avalizaram, propugnando a liberdade do juiz para determinar não só as penas senão também os tipos delituosos, inclusive à margem de qualquer analogia com outras figuras previstas pela lei.⁷⁵

Foi somente na época do Iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio de estrita legalidade penal e da proibição de analogia.⁷⁶ O princípio, como vimos amplamente na primeira parte, foi teorizado em termos tão ingênuos e extremistas, que dava a impressão de que não era sustentado com possibilidade de realização: basta pensar na proibição não só da analogia senão, também, da interpretação e na ilusão de uma aplicação mecânica e literal da lei. Contudo, graças a essas teorizações, o princípio foi introduzido nas primeiras constituições e nos primeiros códigos penais: na *Petition of Rights* americana de 1774; no Código austríaco de José II, de 1787; nos arts. 5.º, 7.º e 8.º da Declaração francesa de direitos de 1789; nos arts. 8.º, 10, 14 e 15 da Constituição de 1793; nos arts. 7.º, 8.º e 14 da Constituição de 1795; nos parágrafos 9.º, 11 e 20 do Código prussiano de 1794 e, depois, mais ou menos rigorosamente, em todos os textos constitucionais e em todos os códigos sucessivos. Por outro lado, foram as idéias dos *philosophes* as que mais serviram para inspirar esse imponente movimento em prol das codificações penais, que se expressou na reforma de Pedro Leopoldo de 1786, nos já mencionados Códigos austríaco e prussiano de 1787 e de 1794, no projeto lombardo de 1791-1792, no Código Penal francês de 1791 e no napoleônico de 1810, ambos estendidos a diversas regiões da Itália.⁷⁷ Com os códigos ficavam, se não superadas, certamente reduzidas a falta de certeza, a incoerência e a confusão das fontes, e dava-se corpo ao ideal iluminista da predeterminação legal tão clara e precisa quanto possível dos delitos e das penas.

Na época contemporânea assistimos a uma profunda crise do princípio de estrita legalidade, favorecida pela fragilidade teórica da sua formulação iluminista e alimentada por diversos impulsos irracionais e autoritários. Examinarei analiticamente no próximo capítulo, dedicado à teoria do delito, os momentos e as formas dessa crise na cultura e nas instituições penais européias dos últimos cem anos. Apenas desejo lembrar aqui de que forma as negações do princípio e a admissão da analogia *in malam partem* formaram os traços comuns e distintivos das experiências penais totalitárias do nosso século. Na Alemanha nazista uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2.º do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio de legalidade penal, pela seguinte norma: “será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o seu sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele”.⁷⁸ Também foi negado, explicitamente, o princípio de legalidade no direito soviético dos anos seguintes à Revolução. O Código da República Russa de 1922 – inovando em relação à instrução penal de 1918, segundo a qual era “considerado delito a ação que no momento da sua realização era proibida pela lei sob ameaça de pena” – enunciou no art. 6.º uma noção de delito puramente material: é delito toda “ação ou omissão socialmente perigosa, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses para o período de transição em prol da realização do comunismo”; e introduz, no art. 10, a analogia *in malam partem*: “em caso de ausência no Código Penal de normas específicas

para cada um dos delitos, as penas ou as medidas de defesa social se ajustarão aos artigos do Código Penal que contemplem delitos análogos por sua importância e qualidade”.⁷⁹

Normas semelhantes refletiam orientações teóricas amplamente compartilhadas pela cultura jurídica européia do início do século XX, oscilante entre o positivismo antropológico e o legalismo ético. “Queremos a retroatividade sobre os fatos para os quais a lei nova tenha modificado de um modo ou de outro sua repressão”, proclamou Eugenio Florian, reivindicando o “princípio oposto ao hoje predominante: isto é, a justificação da absoluta retroatividade da lei penal na esfera dos delitos”.⁸⁰ E a “criação da norma que falta”, em razão da existência de um “ato socialmente lesivo não expressamente previsto pela lei penal”, foi recomendada, como vimos, por Giuseppe Maggiore e Francesco Carnelutti, que assinalaram como modelo a própria experiência soviética.⁸¹ Nem mesmo a cultura juspositivista ficou imune a estas orientações, chegando a pôr em discussão, e em alguns casos a negar, a proibição da analogia penal *in malam partem*.⁸²

Depois da Segunda Guerra Mundial, o princípio de estrita legalidade tem sido reafirmado solenemente. Pelo menos no nosso país, no entanto, a desqualificação teórica de suas bases epistemológicas e a crise de funcionalidade das instituições penais têm favorecido um processo crescente de *descodificação*, que se expressa na inflação do direito penal e do processo penal como instrumentos de substituição concernente a outras funções de controle, na acumulação aluvial de uma desmesurada legislação fragmentária, na disfunção, enfim, da linguagem legal já dirigida programaticamente a privilegiar formulações equívocas, obscuras e comprometidas. Ademais, como veremos no parágrafo 42.1, o mesmo princípio de estrita legalidade está formulado no nosso ordenamento de maneira sumária e ambígua; e nossa doutrina e jurisprudência mostram-se incertas no que se refere ao seu caráter constitucional e ao seu alcance normativo. Sua reabilitação epistemológica, tal e como tem sido colocada na primeira parte deste livro, baseia-se, em qualquer caso, no reconhecimento de seu caráter de critério regulativo, ou de limite ideal, que não se pode satisfazer perfeitamente, senão somente num *grau* maior ou menor, segundo as técnicas garantistas adotadas. Por conseguinte, enquanto sobre o princípio de mera legalidade não resta nada mais por acrescentar, uma completa caracterização do princípio de estrita legalidade remete-nos à teoria geral do delito e do processo e à análise de cada uma das garantias – penais e processuais – nas quais se substancia e implicadas por ele como condições específicas de validade das leis e dos juízos penais.

29. COMO PUNIR? OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA HUMANIDADE DAS PENAS

1. Quais penas? As penas ferozes: pena de morte e penas corporais

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Seria impossível fornecer um inventário, ainda que sumário, das atrocidades no passado concebidas e praticadas sob o nome de “penas”. Pode-se dizer que não tem havido aflição, desde os sofrimentos mais refinados até as violências mais brutais, que não se tenha experimentado como pena⁸³ no curso da história. Sem voltar à crueldade dos antigos ordenamentos, do Egito à Assíria, da Índia à China, bastará recordar a longa relação das penas capitais – *gladius, securis, crux, furca, culleum (cum cane et gallo et vipera et simia), saxum tarpeium, crematio, bestiis obiectio, fames, decollatio, fustuarium* – previstas e praticadas em Roma;⁸⁴ o incremento incontrolado do número das execuções capitais e de suas técnicas de execução – o afogamento, a asfixia na lama, a lapidação, a roda, o desmembramento, a incineração de pessoa viva, a caldeira, a grelha, o empalamento, o enclausuramento, a morte por fome, ferro quente e outras – nos ordenamentos da Alta Idade Média,⁸⁵ as fogueiras erguidas para os hereges e as bruxas pela intolerância e pela superstição religiosa;⁸⁶ as torturas, as forcas e os suplícios que martirizaram a Europa, principalmente na Idade Moderna até o fim do século XVIII.⁸⁷ Parece que a fantasia humana não tem tido limites nem freios para inventar as formas mais ferozes da pena de morte e em aplicá-las inclusive às infrações mais leves: como o furto, o adultério, a fraude, o falso testemunho, a falsificação de moedas, além das inumeráveis formas de heresia, felonias, lesa-majestade, traição e semelhantes.⁸⁸

Mas a crueldade das penas não pertence, infelizmente, de forma exclusiva, ao passado. A pena de morte está ainda presente em quase todo o mundo: somente 28 Estados a aboliram por completo; em 129 países – dentre os quais grande parte dos Estados Unidos, a União Soviética e quase todos os países africanos e asiáticos – é aplicada inclusive em tempo de paz; e em outros 18 países, entre os quais a Itália, Grã-Bretanha e Espanha, está prevista só para o tempo de guerra.⁸⁹ Portanto, as vítimas da pena de morte contam-se, ainda hoje, aos milhares em cada ano.⁹⁰ Somente nos Estados Unidos, em particular, foram julgadas 3.862 pessoas de 1930 até hoje, na sua maior parte negros.⁹¹ Todavia, em muitas partes do mundo têm sobrevivido até o presente século as penas corporais dos açoites e das bastonadas.⁹² Enfim, às penas legais assinaladas pelas cifras oficiais, deve-se acrescentar a cifra negra das humilhações e violências, extralegais e extrajurídicas, que acompanham em todo o mundo a execução penal e, em geral, o exercício das funções policiais e judiciais.⁹³

Por outro lado, se a história das penas é vergonhosa, não o é menos a história do pensamento jurídico e filosófico em matéria de penas, que leva grande parte da responsabilidade pelos horrores cometidos: por omissão, por jamais ter levantado seriamente sua voz, até o século das luzes, contra a falta de humanidade das penas; e por ação, na medida em que tem expressado quase sempre adesão e apoio à pena de morte. Além das diferentes doutrinas sustentadas em torno dos fins da pena, este pensamento entrelaça filósofos antigos como Platão, Aristóteles e Sêneca,⁹⁴ pensadores cristãos, católicos e protestantes desde Santo Agostinho, Santo Tomás e Belarmino⁹⁵ a Lutero e Calvino,⁹⁶ e pensadores modernos como Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau e Kant;⁹⁷ utopistas como Moro, Campanella, e Winstanley,⁹⁸ iluministas reformadores como Montesquieu, Hommel, Filangieri, Mably e Condorcet,⁹⁹ idealistas como Fichte, Hegel e Croce,¹⁰⁰ e filósofos e juristas liberais como Feuerbach, Bentham, Romagnosi, Carmignani, Constant e Stuart Mill;¹⁰¹ juristas moralistas como Pellegrino Rossi, Taparelli, Tolomei, Bettiol, Maggiore e Carnelutti¹⁰² e juristas laicos e positivistas como Garofalo, Tarde, Ferri, Rocco e Manzini.¹⁰³ Os argumentos são monotonamente os mesmos: a justa retribuição, a intimidação, a defesa social, a idéia da sociedade como organismo em que é válido amputar o órgão infeccionado. Por

outro lado, também as críticas à pena de morte foram durante longo tempo dependentes desse tipo de argumento e, por isso, motivadas predominantemente por razões de utilidade¹⁰⁴ em vez de pelo simples princípio moral da inviolabilidade incondicional da vida humana.¹⁰⁵ Fala-se, assim, em ausência de benefício na pena capital, escassa eficácia dissuasória, caráter irreversível ou efeito deseducativo derivado da não valorização oficial da vida humana. E esta é talvez uma razão não secundária da lentidão com que a instituição tende a desaparecer nos países civilizados.¹⁰⁶

2. O talião e a idéia de uma correspondência natural entre pena e delito

É obvio que as penas, se querem desenvolver a função preventiva que a elas tem sido atribuída, devem consistir em conseqüências desagradáveis, ou, em qualquer caso, em “males” idôneos a dissuadir a realização de outros delitos e a evitar que as pessoas façam justiça pelas próprias mãos. Direi, inclusive, que ser desagradável é uma característica insuprível e não mistificável da qualidade da pena, ainda que assim seja somente porque esta se impõe coativamente contra a vontade do condenado.¹⁰⁷ Mas, em que devem consistir os males penais, e de que forma e em que medida justifica-se sua imposição? Parece-me que este problema, aqui abordado sob a questão de *como punir*, deve ser articulado em dois subproblemas: o da *qualidade* e o da *quantidade* da pena. Estes dois subproblemas podem, por sua vez, decompor-se em dois pares de questões: a expressada na questão “que” e “qual quantidade de pena é legalmente admissível, qualquer que seja a gravidade do delito”; e a expressada na questão “que” e “qual quantidade de pena é admissível para este ou aquele delito”. A primeira ordem de questões que tratarei neste parágrafo faz referência ao problema ético-político dos limites da aflição penal em geral; a segunda, que será tratada no parágrafo 30, versa sobre os critérios da predeterminação legal da medida das penas, no que se refere a cada tipo de delito, e da sua determinação judicial no que se refere a cada delito concreto. Assim, será possível, com base nas respostas a estas duas ordens de questões, deduzir, no parágrafo 31, um modelo de “pena mínima” alternativo às penas hoje admitidas.

A mais antiga resposta à ordem de questões inicialmente mencionada, que comporta também a primeira, ainda que frágil, limitação ao descomedimento punitivo, é fruto de uma ilusão substancialista: a idéia jusnaturalista de que a pena deva igualar-se ao delito e consistir portanto num mal da mesma natureza e intensidade.

Esta pretensão acha-se estreitamente ligada a uma concepção retributiva da pena, configurada, por um lado, como contraprestação ou contrapeso e, por outro lado, como medida ou *aestimatio delicti*. Constitui a base da primeira doutrina da qualidade da pena: o princípio do talião – “olho por olho, dente por dente” – presente com conotações mágico-religiosas em todos os ordenamentos arcaicos, desde o Código de Hammurabi¹⁰⁸ até a Bíblia e as XII Tábuas.¹⁰⁹ Como a doutrina retributiva, esta idéia representa uma das crenças mais resistentes da cultura penal: teorizada por Aristóteles e Santo Tomás, para quem a pena é *contrapassum* e, por isso mesmo, “importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem”,¹¹⁰ perdura ainda na Idade Moderna até Kant e Hegel, que identificam expressamente no talião o modelo ideal e normativo da pena.¹¹¹ Tem sido sustentada inclusive por autores iluministas e utilitaristas, que, na busca de critérios objetivos e igualitários de determinação da qualidade da pena, sucumbem igualmente à ilusão de uma certa correspondência natural ou substancial da mesma com a qualidade do delito: “a liberdade triunfa”, afirma Montesquieu, “quando as leis criminais são tais que cada pena dimana da natureza particular do delito... da natureza das coisas”.¹¹²

Os efeitos deletérios desta concepção naturalista e primitiva da relação entre pena e delito são dois. Inicialmente, serve para afiançar, com o princípio do talião, as penas corporais e capitais correspondentes à natureza do delito:¹¹³ onde a correspondência não é somente direta como no *talio* pela *membri ruptio*, senão também indireta ou simbólica, como a amputação da mão se o réu é um falsário, a do pé se é um ladrão ou um servo fugitivo, a da língua se blasfemou, testemunhou falsamente ou cometeu perjúrio ou semelhantes.¹¹⁴ “Mas se cometeu um assassinato”, sentencia Kant, “tem que *morrer*. Não existe nenhum equivalente que satisfaça à justiça”.¹¹⁵

Em segundo lugar, tal visão da pena obstrui o processo de formalização e de tipificação: se as penas devem ter a mesma qualidade que os delitos, segue-se que tendencialmente devem ser de tantos tipos quantos sejam os delitos. Ainda que isto resulte impossível e de fato jamais tenha ocorrido, é certo que a pretensão de equiparar a qualidade das penas à qualidade do delito tem sido o principal fator de legitimação da multiplicidade, variedade e atipicidade das penas na época pré-moderna: desde as penas infamantes, como a argola e a marca, até as diversas penas corporais e capitais como as mutilações, os açoites e os suplícios. Todas estas penas consistem em *aflições*, ao mesmo tempo não taxativamente predetermináveis pela lei, desiguais segundo a sensibilidade de quem as padece e da ferocidade dos que as impõem e não graduáveis de acordo com a gravidade do delito: nenhuma dor ou suplício físico é igual ao outro, e tampouco cabe preestabelecer, medir e, menos ainda, delimitar a aflição de uma pessoa.

Além disso, a mesma aparente igualdade entre pena e delito perseguida pelo talião, que pelo menos em abstrato deveria garantir a igualdade de tratamento, tem sido sempre negada pelo profundo sentimento de desigualdade social que até o século passado animou a cultura não só política senão também filosófica. *Non autem semper esset aequalis si idem specie aliquis pateretur quod fecit*, define Santo Tomás: “nam primo quidem, cum quis iniuriouse laedit alterius personam maiorem, maior est actio quam passio eiusdem speciei quam ipse pateretur. Et ideo ille qui percutit principem non solum repercutitur, sed multo gravius punitur”.¹¹⁶ E Kant, depois de ter dito que a lei do talião deve ser bem compreendida, faz reservas sobre sua aplicação literal em caso de existir “diferença entre as condições sociais”.¹¹⁷ Até Beccaria, contradizendo suas antigas teses igualitárias, chega a escrever em 1791, comentando as penas corporais do Código Josefino, que, enquanto nos “delitos criminais” não constitui “um grande inconveniente” que “os nobres estejam sujeitos a uma pena igual que a dos plebeus”, “nos delitos políticos que não supõem malícia... deve-se ter muitíssima consideração com a condição das pessoas, porque o bastão, que pode corrigir o plebeu, avilta e humilha um nobre, um honesto comerciante e qualquer pessoa de cultura, e afunda toda sua família na mais lutuosa ignomínia”.¹¹⁸

3. As penas modernas como privações: penas privativas de liberdade e penas penitenciárias

A relação longamente investigada entre a qualidade das penas e a qualidade do delito corresponde, como se disse, a uma ilusão regressiva. Deve-se a Diderot a primeira negação argumentada de qualquer relação natural entre as duas coisas.¹¹⁹ E é precisamente tal negação que permite a afirmação da pena moderna como *pena abstrata e igual*, como tal quantificável e mensurável e, por isso, predeterminável legalmente e determinável judicialmente tanto em sua natureza como no que tange à sua medida.

Esta tipificação e formalização legal das penas modernas tem tornado possível sua configuração já não como *aflições* mas como *privações*: “privações de direitos”, segundo a fórmula de Filangieri e de Pagano,¹²⁰ e precisamente dos três específicos direitos para cuja tutela, como escreveu Locke, se constitui e se justifica o Estado moderno: a vida, a liberdade e a propriedade.¹²¹ Os três tipos de pena consistentes na privação destes três tipos de bens ou de direitos – a *pena de morte*, que priva a vida, as *penas privativas de liberdade*, que privam a liberdade pessoal, e as *penas patrimoniais*, que privam de bens ou de poderes econômicos – aparecem, todas, como formalmente *iguais*, castigando na mesma medida e com o idêntico tipo de sofrimento, à margem das condições pessoais do réu e apenas sobre a base do tipo de delito. Desde este ponto de vista, são fruto da revolução política burguesa, que marca o nascimento da figura do “cidadão” e do correspondente princípio de abstrata igualdade perante a lei.

Dos três tipos de pena ora indicados, a mais antiga e pré-burguesa é a *pena de morte*, que constitui um resíduo das penas corporais. Em relação com a pré-moderna, a pena capital contemporânea acentua, contudo, os caracteres da igualdade e da abstração: por um lado, efetivamente, tende a perder os caracteres aflitivos ligados aos antigos suplícios para transformar-se, graças ao uso de técnicas de execução menos dolorosas possíveis (p. ex. a guilhotina), numa pena “igual” e somente “privativa”; por outro lado, formaliza-se ao abandonar as antigas exhibições espetaculares e, ao contrário, ocultando-se à vista do público (execuções ao amanhecer e dentro do recinto carcerário, vendas nos olhos do condenado, dentre outras).¹²²

A pena privativa de liberdade é, entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima. A prisão Tuliana, chamada depois Mamertina, e descrita por Salustio e por Lívio: segundo a lenda, foi construída em Roma pelo rei Anco Márcio para infundir temor à plebe, e mais tarde ampliada por Sêrvio Túlio.¹²³ Em Roma, estavam previstas, ainda, dentre as diversas penas capitais, a *damnatio ad metalla*, quer dizer, a de trabalhos forçados, e a *deportatio in insulam*,¹²⁴ e, entre as penas não capitais, a *relegatio*, que podia ser *ad tempus* ou *in perpetuum*.¹²⁵ Mais tarde, o imperador Zenon estabeleceu o caráter exclusivamente público da reclusão carcerária, proibindo qualquer forma de cárcere privado; e Justiniano reafirmou que ninguém podia ser encarcerado sem uma ordem dos magistrados.¹²⁶ No entanto, na época romana a detenção propriamente dita não teve em geral uma função punitiva: “carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”, afirmou Ulpiano.¹²⁷ E mesmo durante toda a Idade Média sua função continuou sendo precipuamente a cautelar de prender os imputados durante o tempo necessário para o processo, com o fim de confiná-los à justiça e impedir sua fuga; também foi prevista sua imposição às mulheres e aos doentes como pena alternativa à prisão.¹²⁸ A prisão como pena em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão da sua específica adequação às funções penitenciais e correcionalistas,¹²⁹ tendo-se afirmado como pena perpétua ou temporal somente nos séculos XVII e XVIII: com modalidades, primeiramente, ainda mais ferozmente aflitivas que a pena de morte¹³⁰ e, depois, graças sobretudo à experiência americana das casas de trabalho e do sistema celular,¹³¹ na moderna forma privativa. Mas somente no século passado a pena carcerária chegou a se converter na principal das penas, estendendo-se progressivamente a todas as demais.¹³²

Igualmente moderna é a forma específica assumida pelas *penas patrimoniais*: tanto as *pecuniárias*, consistentes no pagamento de somas de dinheiro, como as *privativas de direitos*, consistentes na perda temporal ou permanente de alguma capacitação para trabalhar ou de mudar de endereço. Tampouco estas penas, obviamente, foram desconhecidas na tradição clássica. A palavra *poena* (derivação da grega *poínē*) indica, antes, originariamente, as multas enumeradas pelo *Digesto* entre as principais penas não capitais;¹³³ e as penas capitais, como tenho assinalado, designam no léxico romanista também as várias formas de “morte civil” e de *capitis diminutio* vinculadas à *servitus poenae* e que comportavam privações de *status* ou de direitos civis singulares.¹³⁴ No entanto, enquanto as antigas penas privativas de direitos tiveram preferentemente uma função *infamante*, as penas pecuniárias pré-modernas tiveram sobretudo o caráter de sanções *privadas* dirigidas a realizar, como alternativa à vingança, uma composição pacífica do conflito entre réu e parte ofendida, sob formas de reparação ou de preço para a paz: tanto se se tratava de *mulctae* de direito romano, inicialmente consistentes em entrega de gado (até dois bois ou trinta cordeiros) e sucessivamente em somas de dinheiro;¹³⁵ ou do *guidrigildo* ou do *fredo*, que no direito germânico substituem o exercício da *faida* até chegarem a ser os tipos de pena talvez mais difundidos;¹³⁶ ou também do confisco de bens, prevista no direito romano como pena acessória (*bonorum publicatio*) e amplamente aplicada no direito medieval e no canônico.¹³⁷ Será necessário esperar as codificações modernas para que sejam abolidas as penas infamantes, para que as multas percam qualquer função reparatória e as duas classes de penas patrimoniais – pecuniárias e privativas de direitos – sejam formalizadas umas como penas principais e as outras como penas acessórias.

Tanto na sua forma privativa de liberdade como na patrimonial, a pena moderna configura-se como técnica de *privação* de bens diante do pressuposto, especificamente moderno, da valorização qualitativa e quantitativa dos bens também na perspectiva penal: da *liberdade*, tomada em abstrato como “tempo de liberdade” e subtraída pelas penas privativas de liberdade; da *propriedade*, tomada em abstrato como “dinheiro” e subtraída pelas penas pecuniárias; da capacidade de trabalhar ou do direito de cidadania subtraída pelas penas privativas de direitos. Estes três bens e as privações penais correspondentes são quantificáveis e mensuráveis. Nestas circunstâncias, conferem à pena moderna o caráter de sanção *abstrata* além de *igual*, legalmente predeterminável tanto em relação à sua natureza quanto no concernente à sua medida, como privação de um *quantum* (de um mínimo a um máximo) de valor: um determinado tempo de liberdade nas penas privativas de liberdade, uma determinada soma de dinheiro nas penas pecuniárias, um determinado tempo de capacidade de trabalhar nas penas privativas de direitos. Ao mesmo tempo esta abstração e mensurabilidade da pena serve para configurar sua aplicação como *cálculo* dirigido, no caso específico, à determinação quantitativa da pena sobre a base – além dos mínimos e dos máximos previstos para o tipo de delito – de critérios acessórios também predeterminados quantitativamente na forma de aumentos ou reduções de frações de pena (pelas circunstâncias agravantes ou atenuantes, pelo delito continuado, pelos distintos tipos e graus de reincidência etc.). Assim, resulta assegurado um ulterior caráter da pena moderna: a *proporcionalidade* das penas à gravidade dos delitos, ou, mais precisamente, considerada a natureza convencional dos delitos e das penas, o ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de pena estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela.

É inegável que este delinqüimento – a tipicidade, a igualdade, a abstração, a quantificação, o cálculo, a proporcionalidade, a predeterminação legal e a determinação judicial da pena – apresenta um pronunciado caráter “burguês”. Concorrem efetivamente para fazer com que assim seja, além dos princípios modernos de igualdade jurídica e formal dos cidadãos, do primado da lei geral e abstrata e da certeza do direito, também a *forma de mercadoria* e o *valor de troca* adquiridos pela força de trabalho e de maneira mediata, pelo *tempo* de trabalho (e de liberdade) na sociedade capitalista. Tal qual a moeda na determinação convencional do valor de troca dos bens, assim também o *tempo* assume no direito penal moderno o papel de “equivalente geral” na determinação convencional da gravidade dos delitos segundo o “valor” por eles lesionado. Sendo “o valor”, de acordo com Hegel, “*interna igualdade* das coisas, totalmente diversas em sua existência específica”, é somente “pela forma exterior” que “o roubo, o furto, a multa e a pena de prisão diferem”. Entretanto “quanto a seu valor, quanto a sua característica geral de serem lesões, são *comparáveis*”. É então tarefa do intérprete procurar aproximar os valores de cada um deles”.¹³⁸

Tudo isso tem induzido alguns teóricos marxistas, como E. Pasukanis, a estabelecer uma arbitrária, ainda que sugestiva, homologia entre o direito penal e o direito civil das relações econômicas de câmbio e a representar a pena como “contraprestação” ou “preço” do delito.¹³⁹ Esta representação é completamente insensata. A relação entre pena e delito não é uma relação de troca como a que se dá entre mercadoria e moeda, senão uma relação pública e determinada pela autoridade na qual não há trocas e muito menos se contrata algo;¹⁴⁰ e as penas privativas de liberdade ou pecuniárias, ainda que concebíveis como “equivalentes gerais”, não se impõem em razão de uma “troca de equivalentes” como imaginam Pasukanis e seus epígonos, senão contra a vontade do condenado para prevenir os males maiores que adviriam das repressões informais e da repetição de delitos análogos. A idéia de que a relação entre delito e pena como relação entre equivalentes seja fruto do moderno capitalismo é simplesmente um absurdo, se se pensa na codificação do talão desde o Código de Hammurabi e sobretudo na monetarização – numa lógica, agora sim, mercantilista e privatista – de cada mínima parte do corpo humano, e inclusive da complexidade física dos bispos,¹⁴¹ na legislação bárbara da Alta Idade Média européia.

O grave é que esta imprópria homologia entre direito penal e civil e sua associação à estrutura social capitalista tem levado o que se considere a “forma de equivalente” da pena moderna, com seus caracteres de quantificação, determinação e proporcionalidade, já não como um traço progressista, senão como um signo específico de sua natureza de classe. E, desta forma, em coerência com a concepção antiformalista e materialista do delito antes mencionada, induz-se a impugnar o caráter igual e abstrato da lei penal e da determinação judicial da pena como medida certa e definitiva (não agravável após a condenação), assim como a recomendar sua substituição por técnicas indeterminadas de defesa social de caráter terapêutico ou pedagógico. Por exemplo, em vez da reclusão por três anos, três meses e três dias, depois dos quais o condenado recupera em qualquer caso a sua liberdade, sugere-se um tratamento pedagógico diferenciado e por tempo indeterminado até conseguir a reeducação e a neutralização do réu, naturalmente a critério das autoridades.¹⁴² É claro que tais orientações não podem ter – como têm tido – mais do que êxitos regressivos para formas medicinais de direito penal máximo e de arbítrio absolutista e pré-burguês. Aquelas resolvem-se no abandono de quase todos os princípios penais garantistas – a retributividade, a estrita legalidade, a proporcionalida-

de da pena à ofensividade do delito e à culpabilidade de seu autor – por conta da confusão entre a contingente natureza de classe dos conteúdos de direito penal e a forma jurídica que os mesmos têm assumido nos ordenamentos: como se o problema estivesse em suprimir esta forma jurídica, que é um sistema de limites e de garantias frente às naturais vocações absolutistas da potestade punitiva, e não em reformar, reduzir e vincular as condições do seu exercício, tanto formais como substanciais.

4. O princípio da pena mínima necessária e o de respeito à pessoa

Pode-se talvez distinguir, em termos aproximados, três fases no desenvolvimento histórico das penas: a das penas *informais*, marcada pelo caráter casual, relativamente espontâneo, não regrado e, sobretudo, privado da intervenção punitiva; a das penas *naturais*, caracterizada pela busca, ainda que ilusória, de um nexos natural ou substancial entre pena e delito; e a das penas *convencionais*, baseada no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito. Cada uma destas fases corresponde, em linhas gerais, à afirmação de um princípio penal garantista e de uma conseguinte limitação do arbítrio punitivo. Assim, as penas que chamei de “naturais” supõem, em relação às “informais”, a aceitação do princípio da retributividade expressado no nosso primeiro axioma *nulla poena sine crimine* e indubitavelmente satisfeito pelo critério do talião. As penas “convencionais”, por sua vez, afirmam-se simultaneamente ao princípio de legalidade das penas expressado na tese T11 *nulla poena sine lege*, indispensável para a estipulação e graduação normativa da qualidade e quantidade das penas. Por fim, a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese T12 *nulla poena sine necessitate*.

Se os dois primeiros princípios respondem à pergunta “quando castigar”, este terceiro princípio constitui a principal resposta, elementar e talvez um pouco sumária, dada pelo pensamento iluminista à pergunta “como punir”. A pena – segundo a já aludida tese que une Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani – deve ser “necessária” e “a mínima dentre as possíveis” em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos.¹⁴³ Trata-se de uma afirmação revolucionária, ainda que aparentemente banal, que foi recepcionada pelas primeiras cartas constitucionais como freio às penas inutilmente excessivas. “A lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias”, estabelecem o art. 8.º da Declaração de 1789, o art. 16 da Constituição francesa de 1793 e o art. 12 da de 1795. E, ainda antes, o art. 9.º da Declaração de Virgínia de 1776 tinha contemplado a proibição de impor “castigos cruéis ou inusitados”. Todavia, mais do que as específicas técnicas garantistas das quais falarei no próximo capítulo, este objetivo da mitigação e minimização das penas inspirado numa ética racional de tipo utilitarista é, talvez, o traço mais característico do movimento penal reformador desenvolvido pelo Iluminismo.¹⁴⁴

Como assinalado no parágrafo 24, os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção dos delitos, enquanto servem para sugerir o *limite mínimo*, são, contudo, escassamente aptos para fundar o limite máximo das penas. Além disso, na batalha iluminista contra a ferocidade punitiva, tais argumentos às vezes são acompanhados de outros, mais imediatamente morais e humanitários: “não há liberdade”, escreve Beccaria antecipando Kant, “quando algumas vezes permitem as leis que em certos acontecimentos o homem

deixe de ser pessoa e se considere coisa".¹⁴⁵ Embora a tradição iluminista tenha insistido sobretudo nos argumentos do primeiro tipo, os do segundo são certamente mais fortes, no plano teórico e filosófico, em apoio à mitigação das penas e sobretudo da supressão da pena de morte e da prisão perpétua. É provável que a insistência dos iluministas em argumentações utilitaristas tenha sido em parte uma necessidade tática, que confere fé às fortes resistências políticas e culturais com as quais se deparava sua batalha humanitária. Mas é verdade que argumentos desse tipo não estão em condições de sustentar, de maneira incondicionada, nem sequer a opção contra a pena capital, ao ser sempre possível objetar-lhes com outros argumentos utilitários, de caráter oposto e simétrico.¹⁴⁶ Precisamente, com base nestes pode estar sempre legitimada a necessidade da pena de morte, em algum caso extremo e excepcional: como é para Beccaria o caso do réu de traição ao Estado, que, mesmo detido, poderá influenciar, a partir da prisão, outras ações subversivas,¹⁴⁷ ou para Bentham, por exemplo, no caso dos delitos de alta traição ou de assassinato atroz.¹⁴⁸ Estes argumentos, apesar de, inicialmente, terem sido inevitáveis e terem servido para deslegitimar as penas supérfluas, posteriormente acabaram dificultando precisamente o processo de humanização e minimização das penas.

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa". Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.

Por outro lado, ao se adotar a perspectiva da reforma do utilitarismo penal traçada no capítulo 6, os argumentos utilitários não só passam a se confundir com os morais, senão que contribuem a precisá-los e a reforçá-los. Contrariamente ao simples parâmetro utilitarista da prevenção geral dos delitos, que não permite excluir que a supressão de um delinquentes possa em algum caso ser útil às exigências da defesa social, a ulterior finalidade utilitarista da prevenção das penas extraleais e excessivas, ao estar referida à utilidade da pessoa do réu, impõe a consideração desta última, de conformidade com o segundo princípio kantiano da moral, não como um meio senão como um fim. E resulta por isso um argumento não só pertinente, mas também decisivo e incondicionado em favor da humanidade das penas, no sentido de que toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida

é o *limite máximo* não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias.

O princípio de necessidade e o de dignidade da pessoa são, assim, os dois critérios complementares – correspondentes aos dois fins atribuídos à pena no parágrafo 24 – sobre os quais podemos basear, frente às recorrentes sugestões das ideologias retribucionistas e da defesa social, um novo programa de minimização das penas. É claro que não só a pena de morte e as penas corporais e infamantes, mas também essa espécie de morte civil que é a prisão perpétua contradiz estes elementares critérios de legitimação externa da qualidade da pena. Mas o mesmo se pode dizer das penas privativas de liberdade excessivamente extensas, que, por este motivo, como se dirá no parágrafo 31, teriam que ser suprimidas por meio da fixação de um limite máximo mais baixo.

Enfim, os dois critérios, sobretudo, valem para vincular a qualidade da pena aos três traços modernos antes assinalados: o da igualdade, o da legalidade e o do caráter apenas privativo da pena. Disso segue-se, em primeiro lugar, a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal; em segundo lugar, a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena; e, em terceiro lugar, a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena. Tanto a diferenciação quanto o tratamento reeducativo e a discricionariedade administrativa na determinação da qualidade e da duração da privação de liberdade contradizem, efetivamente, não só os princípios de retributividade, legalidade e jurisdicionalidade, senão também os de necessidade e humanidade das penas, resolvendo-se em tratamentos desiguais não justificados pela diversidade do delito e, por conseguinte, lesivos para a liberdade interior e a dignidade pessoal do réu, pela sua pretensão de transformar a pessoa. Por outro lado, tampouco a desigualdade e a atipicidade da pena justificam-se – como nos regimes e nas prisões *especiais* instituídos na Itália durante o último decênio – por exigências de segurança frente ao perigo de evasões ou de contatos ilícitos com o exterior. Essas exigências, como diremos no devido momento, justificam medidas de vigilância externa, mas não medidas afritivas ou restritivas de caráter seletivo e discriminatório para classes especiais de presos.

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perversa o réu”.¹⁴⁹ Quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam ~~para~~ todas as mais humanas e as menos afritivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos. É provável que tudo isso, ainda que necessário, resulte insuficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere: e isto, como veremos no parágrafo 31, é um dos argumentos mais consistentes em favor da abolição da pena privativa de liberdade.

30. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA EQUIDADE E DA CERTEZA DAS PENAS

1. Que quantidade de pena? A medida da pena e o princípio da proporcionalidade

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação* à natureza e à gravidade do outro. O *princípio de proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico.

Embora se remonte à Antiguidade,¹⁵⁰ o princípio de proporcionalidade da pena somente consegue se impor na época do Iluminismo, quando amadurecem os demais pressupostos do direito penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas. “Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações de ações humanas”, pensava Beccaria, “deveria haver uma escala correspondente de penas em que se graduassem da mais dura à menos dura”.¹⁵¹ É claro que semelhante projeto de cálculo não era de forma alguma realizável com as velhas penas do talião, desde as corporais às capitais: as quais, ainda que em aparência mais próximas ao princípio retributivo, não permitiam nenhuma graduação e mediação, em razão da sua indivisibilidade. Só com o advento das penas abstratas e convencionais privativas da liberdade e pecuniárias realiza-se, mediante a possibilidade de quantificação em tempo e em dinheiro, o pressuposto técnico da proporcionalidade da pena. Não é por acaso que o princípio chegara a afirmar-se primeiro no Código Leopoldino de 1786 e, depois, no Napoleônico de 1810 e em todos os sucessivos códigos do século XIX simultaneamente ao progressivo declive das penas corporais e à introdução das penas privativas de liberdade como penas principais.¹⁵²

Infelizmente, como observou Bentham, a idéia aparentemente elementar da proporcionalidade da pena ao delito não oferece, por si só, nenhum critério objetivo de ponderação.¹⁵³ Uma vez dissociada a qualidade da primeira da qualidade do segundo e reconhecida a inevitável heterogeneidade entre uma e outro,¹⁵⁴ não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito. Disso resulta que o problema da justificação do tipo e da medida da pena aplicáveis em cada caso, da mesma forma que o dos limites máximos da pena, independentemente do delito cometido, é um problema moral e político, quer dizer, exclusivamente de legitimação externa. Este problema é, por sua vez, suscetível de ser decomposto em três subproblemas: o da *predeterminação* pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito; o da *determinação* por parte do juiz da natureza e medida da pena para cada delito concreto; o da *pós-determinação*, na fase executiva, da duração da pena efetivamente sofrida.

2. A predeterminação legal da pena. A escala de penas e os limites máximos e mínimos

Num livro recente, intitulado *La commisurazione della pena*, porém dedicado exclusivamente ao problema da determinação da pena por parte do juiz, Emilio Dolcini lamenta

a escassez de literatura penal sobre o tema.¹⁵⁵ Mas se é escassa a literatura em matéria de determinação judicial, no que se refere à predeterminação legislativa da qualidade e da quantidade da pena é quase inexistente. Depois de ter comprometido e envolvido o debate iluminista, este difícil problema da ciência da legislação parecer ter desaparecido do horizonte teórico da cultura penalista, confirmando o já apontado abandono do ponto de vista externo por parte desta e sua atitude acriticamente contemplativa em relação ao direito vigente.¹⁵⁶

A primeira dificuldade originada do problema da eleição pelo legislador da entidade da pena em relação à gravidade do delito corresponde à noção de “gravidade” do delito. Existem a respeito, como se verá no parágrafo 35, duas orientações diversas: uma objetivista, que mede a gravidade do delito e, por conseguinte, a da pena pela entidade do dano; outra subjetivista, que a mede pelo grau da culpabilidade. Também a eleição de um destes dois critérios, assim como do critério de seu equilíbrio, requer decisões baseadas em opções valorativas. É claro que dentro de um sistema como *SG*, que inclui tanto o princípio axiológico da ofensividade como o da culpabilidade, devem-se acolher ambos os critérios, no sentido de que os limites da pena têm que variar tanto em relação ao dano como em relação à culpa. Mas o problema é precisamente o do peso que se tenha que atribuir a cada um dos dois critérios em relação ao outro.

Ainda mais difícil é o problema das medidas máxima e mínima da pena determináveis conforme os dois critérios aludidos. Se a pena é quantificável, não é quantificável o delito. E têm fracassado todos os esforços realizados até a presente data para colmatar esta heterogeneidade por meio de técnicas desenvolvidas com o propósito de medir a gravidade dos delitos, tanto as referidas aos graus do dano como, sobretudo, aos da culpabilidade.¹⁵⁷ Mas, apesar da ingênua crença no correto cálculo das penas, o utilitarismo penal pode oferecer algumas indicações que têm o valor de parâmetros de valoração tanto do limite mínimo como do limite máximo da pena em relação com a gravidade do delito.

No que se refere ao limite mínimo, a indicação de maior relevo é aquela – desenvolvida por Hobbes e acolhida por Pufendorf e Bentham – conforme a qual a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um *tributo*, e não cumpriria nenhuma função dissuasória.¹⁵⁸ Desde este ponto de vista, pode-se dizer que o elemento da medida está compreendido na definição da pena, dado que abaixo de um limite mínimo a pena transforma-se em tributo. É bom assinalar que esta argumentação vale principalmente para as penas pecuniárias: não só pela sua homogeneidade com os tributos, também consistentes em somas de dinheiro, senão igualmente pela relativa facilidade de valorar seu custo e por conseguinte a eventual insuficiência em relação ao proveito obtido com o delito; também porque, como veremos no próximo parágrafo, precisamente as penas pecuniárias resultam prejudicadas por esta comparação. Mais difícil é medir o custo das penas privativas de liberdade: mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves. Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo.¹⁵⁹

O mesmo critério aqui exposto foi indicado por Beccaria também como limite máximo: “para que uma pena obtenha seu efeito”, afirmou, “basta que o mal dela exceda ao

bem que nasce do delito... Tudo mais é supérfluo e, portanto, tirânico”.¹⁶⁰ Por muito sugestiva que seja, esta fórmula é desgraçadamente um paralogismo: por um lado, requer que o mal das penas *exceda* ao bem do delito, indicando, assim, como as teses de Hobbes e de Bentham, um limite mínimo; mas, por outro, afirma que *tudo mais* é tirânico. “Tirânico” seria assim “tudo mais” relativo “ao que exceda”, o que é uma contradição em termos. Deve-se acrescentar que a fórmula é inconsistente não só do ponto de vista lógico e semântico, mas também do ponto de vista pragmático, por ser impossível comparar, por sua absoluta heterogeneidade, o mal incerto com que se ameaça por meio da pena privativa de liberdade e os bens certos obtidos com o delito.

Menos heterogêneas – referidas ambas a males, ainda que sofridos por diversos sujeitos – são as magnitudes comparadas com o objetivo de determinar o limite máximo, no critério formulado por Bentham e recuperado recentemente por Hart. Faz parte de “um utilitarismo sensato”, diz Hart, que nenhuma pena cause um sofrimento maior do que o produzido pela “transgressão incontrolada”.¹⁶¹ É evidente a validade deste critério para deslegitimar as penas absolutamente desproporcionais com as quais, na época pré-moderna, se castigavam as infrações mais leves: basta pensar nas mutilações ou, inclusive, na pena capital para os furtos, blasfêmias, falsidades e outros semelhantes, contra as quais se dirigem os ataques de Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Frederico II, Hommel e Filangieri.¹⁶² Mas, afortunadamente, no direito penal dos atuais ordenamentos evoluídos – nos quais o custo global das penas tem chegado a ser sem dúvida inferior ao dos delitos – um critério semelhante já não está em condições de cumprir nenhuma função de limitação da violência punitiva: seria insuficiente se esta função se limitasse, numa lógica puramente retributiva, a exigir que a violência criminal fosse, no máximo, duplicada – em vez de, por hipótese, triplicada – pela violência das penas. Além disso, para o próprio Hart o critério benthamiano parece reservado unicamente para as transgressões leves.¹⁶³ Devo acrescentar que este, em particular, não pode, por consequência, valer para os delitos culposos – como as mortes em acidentes de trânsito, para as quais estariam legitimadas penas draconianas –, ao menos se se considera que a culpabilidade, nele completamente descuidada, deve ter relevância na determinação da pena.

Isto quer dizer que o critério de Bentham, se pode servir em algum caso e é neste sentido necessário, não resulta por si só suficiente e, só pode integrar outro critério bem mais pertinente. Este critério mais pertinente encontra-se exposto no capítulo 6, segundo o qual a pena não deve superar a violência informal que na sua ausência sofreria o réu pela parte ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas. Disso decorrem três vantagens. Primeiramente, a comparação que com base nele se estabelece se dá entre duas magnitudes completamente homogêneas, não só porque ambas consistem em males, *senão também* porque se referem à mesma pessoa, o réu. Em segundo lugar, e como consequência, este critério, ao ter como ponto de referência a pessoa do réu, não o degrada a “coisa” ou “meio” para finalidades alheias, senão que o configura como fim em si mesmo, conforme o segundo imperativo kantiano da moral. Enfim, permite uma compensação entre males cominados e males prevenidos e uma correlação entre limite máximo e limite mínimo das penas: precisamente, quanto mais alto é o custo das penas, maior é sua capacidade de prevenção, no entanto menor é sua justificação em relação aos males prevenidos – delitos e castigos informais – e menos ampla a esfera dos bens cuja tutela penal está justificada; ao contrário, quanto mais baixo é o custo das penas, menor é sua eficácia preventiva, porém maior é sua justificação para a tutela de uma maior quantidade de bens jurídicos.

Conseqüentemente, é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma.

Naturalmente, tampouco este critério permite uma comparação precisa. Trata-se de uma indicação que pode unicamente orientar as valorações do legislador. Ademais, ao fazer referência a todas as violências possíveis na ausência da pena, este parâmetro alude a uma multiplicidade de fatores que não é fácil sopesar e que devem ser levados em conta pelo legislador em suas opções concretas. Consideradas do ponto de vista histórico e sociológico, estas opções servem para conformar uma espécie de *escala* de penas, e por conseguinte dos bens penalmente protegidos por um determinado ordenamento. “A tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais”, escreveu Rudolf Jhering,¹⁶⁴ de sorte que o sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade.¹⁶⁵ Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo. Disso segue-se que se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que outro, contraria o princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio de proporcionalidade equivale ao princípio de igualdade em matéria penal.

Existem dois tipos de pena que parecem pela sua natureza contrários ao princípio de proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as penas pecuniárias. Como veremos logo abaixo, ambas as formas de pena carecem de justificação externa por motivos bem distintos: uma porque é desumana e não graduável eqüitativamente pelo juiz, a outra porque resulta em todo caso desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. Mas ambas furtam-se ademais ao princípio igualitário da proporcionalidade: a prisão perpétua, porque tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos; as multas, porque seu grau aflictivo depende da riqueza do réu.

3. A determinação judicial da pena. O cálculo penal e o princípio de equidade

O problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o problema dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial. A história das suas soluções confunde-se, em conseqüência, com a do princípio de legalidade das penas expressado na máxima *nulla poena sine lege*.

No direito penal pré-moderno – até a codificação do princípio de estrita legalidade e de tipicidade das penas – esses espaços foram amplíssimos. Já em crise no direito romano da época imperial o velho sistema das *leges iudiciorum publicorum* e do processo *per quaestiones*,¹⁶⁶ a discricionariedade judicial na determinação da pena expandiu-se no sistema das *cognitiones extraordinariae*, que permitiu também o desenvolvimento das *poenae extraordinariae* encomendadas à valoração do juiz.¹⁶⁷ Este sistema – reprimido pri-

meiro por Justiniano e, depois, ainda mais rigidamente, pelas minuciosas escalas penais da Alta Idade Média bárbara —¹⁶⁸ se impôs, de forma todavia mais desordenada, depois do século XI: desde então até às codificações, também pela ausência de uma legislação penal sistemática, todas as penas, incluída a de morte, acabaram por ficar ao arbítrio dos juízes.¹⁶⁹ No entanto, no século XVIII as constituições piemontesas autorizavam os magistrados a aumentar, a seu arbítrio, as penas ditadas pela lei, e a transformar em corporais as penas pecuniárias; e outro tanto faziam as leis de Módena, e inclusive o Código toscano de Pedro Leopoldo, que, da mesma forma, consentiam aos juízes as *penas arbitrárias*.¹⁷⁰

Foi precisamente a polêmica contra o despotismo dos juízes, como se disse no início deste livro, o que constituiu o principal motivo inspirador da batalha iluminista pela reforma penal. “Só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade deve residir unicamente no legislador”, escreveu Beccaria.¹⁷¹ Disso segue-se que “nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode com justiça infligir penas contra outro indivíduo da mesma sociedade” e que constitui o “ofício” dos juízes “apenas examinar se tal homem praticou, ou não, uma ação contrária às leis” estabelecidas por um “código fixo”, que devem “observar à letra”.¹⁷² De outro lado, no furor polêmico contra o arbítrio judicial, a cultura penal iluminista cultivou um equívoco: a idéia, ligada ao mito do juiz como “boca da lei”, da necessidade de uma absoluta predeterminação legal da pena e da supressão de qualquer discricionariedade judicial na valoração da gravidade do delito e, por consequinte, na medida da pena correspondente. Esta idéia foi acolhida pelo Código Penal francês de 1791, o qual — à diferença do Código austríaco de José II, de 1787, e depois do Napoleônico de 1810 e de todos os códigos sucessivos, que estabeleciam máximos e mínimos de pena para cada delito — dispôs para cada tipo de delito penas fixas e invariáveis, sem permitir ao juiz nenhuma possibilidade de graduá-las segundo a gravidade do delito concreto cometido.¹⁷³

Após a análise realizada no parágrafo 11, é fácil entender que esta solução, informada por um abstrato princípio de igualdade legal, é fruto de uma total incompreensão da epistemologia do juízo e em particular do específico e insubstituível momento da atividade de julgar, que é a *interpretação equitativa* do fato legalmente tipificado; e que este equívoco se traduz, de fato, num sistema inócuo, que equipara injustamente situações iguais quanto aos elementos tipificados pela lei, porém diversas quanto aos traços específicos do fato. Dois fatos, fizemos ver então, ainda quando igualmente enquadrados como furtos ou como homicídios em preposições igualmente verdadeiras, não são nunca totalmente iguais: serão diferentes, por singulares e irrepetíveis os motivos e as modalidades da ação, a gravidade do dano, a intensidade da culpa, as eventuais razões ou justificações etc. Estas especificidades — que fazem cada fato ser diferente do outro ainda quando estejam previstos na mesma figura penal — constituem em seu conjunto a *conotação* do caso submetido a juízo, cuja individualização e interpretação compete ao juiz não menos que a verificação ou prova da *denotação* do fato como delito. E justifica-se, precisamente conforme o princípio de igualdade, a graduação equitativa da medida da pena para cada fato singular conotado, dentro dos limites máximos e mínimos (em qualquer caso sob os limites máximos) estabelecidos pela lei para a totalidade dos fatos nela previstos.

Em consequência, são dois os problemas que temos que enfrentar. O primeiro faz referência à extensão do *poder judicial de enquadramento*. Este poder, parece-me, será compatível com o princípio de estrita legalidade das penas e com a lógica da divisão de poderes na medida em que consista unicamente na determinação da *quantidade*, mas não

também na determinação da *qualidade* das penas. Se duas hipóteses de delito têm igual *enquadramento* legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida. E posto que a determinação em abstrato do tipo de pena está ligada ao poder de determinação legal, enquanto a especificação em concreto da medida da pena diz respeito ao poder de conotação judicial, a primeira está reservada à lei e a segunda ao juiz. Disso segue-se que é contrário ao princípio de legalidade das penas que para o mesmo tipo de delito a lei preveja alternativamente penas privativas de liberdade e penas pecuniárias, deslocando a opção para o juiz; assim como seria contrário ao princípio de jurisdicionalidade que, com independência dos traços concretos do fato comprovado pelo juiz, a lei predeterminasse para ele a pena em uma medida fixa. É claro que o problema está destinado a perder sua importância se aceitarmos a perspectiva da despenalização de todos os delitos punidos com penas pecuniárias e, portanto, a supressão deste gênero de penas, formulada aqui nos parágrafos 31.4, 33.3 e 43.5.

O segundo problema é de natureza epistemológica e refere-se à natureza das circunstâncias ou caracteres relevantes para os fins da valorização da gravidade do delito concreto e da determinação da pena adequada à mesma. Uma vez aceita conforme certas interpretações e provas a verdade jurídica e fática de uma determinada imputação, quais são os critérios pragmáticos aos quais o juiz deve-se ater na decisão sobre a qualidade (se, não obstante a reserva antes formulada, a lei prevê alternativamente vários tipos) e sobre a quantidade (se a lei estabelece um limite máximo e um mínimo, ou se, inclusive, não necessita de limite algum) da pena? No parágrafo 11 caracterizou-se o princípio de equidade como uma regra semântica que – correlativamente com o princípio de legalidade, definido como uma regra semântica que preside o enquadramento do fato permitindo sua verificação ou prova – preside a conotação do mesmo fato fazendo possível sua interpretação. A diferença da denotação, que permite uma comprovação empírica capaz de fundar decisões sobre a verdade ou sobre a falsidade, a conotação requer, no entanto, inevitavelmente, juízos de valor: enquanto baseados em referências empíricas, os juízos de “gravidade” ou de “insignificância” de um fato supõem sempre, como se disse, valorações subjetivas não verificáveis nem refutáveis. É claro que os critérios de valoração que presidem a conotação e a interpretação são inumeráveis e variados. O art. 133 do Código Penal italiano, por exemplo, indica uma longa série destes: a natureza, a espécie, os meios, o objeto, o tempo, o lugar e qualquer outra modalidade da ação, a gravidade do dano ou do perigo ocasionado, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, os motivos para delinquir, o caráter do réu, os seus antecedentes penais, seus modelos de vida, suas condições individuais, familiares e sociais. Trata-se de indicações sem dúvida úteis para orientar o juiz sobre os elementos a levar em consideração. Estes critérios, embora numerosos e detalhados, não são, no entanto, exaustivos: por sua natureza, a conotação escapa a uma completa predeterminação legal. E, sobretudo, por causa de seu inevitável caráter genérico e valorativo, carecem de condições para vincular o juiz, a quem, no entanto, são remetidos sempre os juízos de valor sugeridos por aqueles critérios.

São esses juízos de valor os que formam a discricionariedade fisiológica da interpretação judicial. Sobre eles seria inútil pretender controles certos e objetivos. Só se pode conceber duas ordens de indicações: uma incidente no método e outra, no conteúdo. No plano do *método*, pode-se e deve-se pretender que os juízos nos quais se apóia a conotação

não sejam vagos, senão explícitos e fundamentados em argumentações pertinentes que evidenciem as inevitáveis premissas valorativas dos mesmos. Entre estas, num ordenamento como o italiano, informado constitucionalmente pelo respeito à pessoa e pelo reconhecimento de sua dignidade, encontra-se a do *favor rei* e, mais precisamente, a da “indulgência” e a da “simpatia” que, como se viu no parágrafo 11, encontram-se ínsitas na epistemologia da *interpretação equitativa* de todas as circunstâncias específicas do fato e de seu autor. Esta indulgência deve fazer parte da motivação. Disso segue-se que o juízo deve ser tão avalorativo na denotação como valorativo na conotação; tão imparcial e exclusivamente vinculado à lei e às provas na verificação, como abertamente inspirado nos valores constitucionais na interpretação. Quanto ao *conteúdo*, o objeto da conotação judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender em considerações estranhas a ele. Em consequência, para os fins da conotação ficam excluídas considerações ou juízos em matéria de prevenção ou de defesa social: posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar. Por outro lado, a limitação da conotação equitativa à interpretação do fato julgado vale para excluir qualquer relevância penal à conduta pessoal do acusado, bem como para evitar qualquer tentação do juiz de subordinar o acusado e de condicionar a defesa à perspectiva de favores penais em razão do conteúdo de suas disposições. Mais problemática é a valoração em relação ao futuro da pessoa do condenado. A este propósito, a única consideração admitida – convergente com o princípio equitativo da indulgência – parece-me a de que quanto maior seja a pena, tanto mais se consolidará a exclusão do condenado da sociedade e se reforçará sua identidade desviada. Mas esta é uma consideração geral que deve presidir não só as opções do juiz mas, antes ainda, as do legislador.

4. A determinação da pena na fase executiva e o princípio de certeza

Existe um terceiro problema, que se soma aos da predeterminação legal e aos da determinação judicial da pena e que chamei de *pós-determinação* da medida da pena na fase de execução. É legítima a modificação da duração da pena na fase de execução? É lícito à administração carcerária, ou inclusive ao juiz de execução reduzir ou aumentar a pena conforme os resultados do tratamento?

As respostas positivas a estas questões justificam-se somente com o pressuposto, estritamente correccionalista, de que o fim exclusivo e inderrogável da pena seja a reeducação do réu. Dada esta premissa, se um preso se arrepende antes do fim ou, ao contrário, não se arrepende no momento do fim da execução, deverá no primeiro caso ser liberado antecipadamente e, no segundo, posteriormente à data da extinção das penas cominadas.

É de todo evidente que a segunda solução contrasta de forma patente com cada um dos dez axiomas do nosso sistema SG. Isso não retira, como se viu no capítulo 5, que a mesma tenha sido também recentemente recomendada por diversas correntes correccionalistas, e, em particular, com a proposta da *non fixed sentence*, pela *new penology* americana.¹⁷⁴ Menos clara é a questão do encurtamento da pena em sede de execução. Trata-se do tipo de flexibilidade da pena privativa de liberdade que torna possível, em sede de execução, as chamadas “medidas alternativas”, introduzidas neste século em quase todos os países europeus e, na Itália, com a reforma penitenciária de 1975 e com a Lei 663, de 10 de outubro de 1986.¹⁷⁵ Em apoio deste há um argumento consistente e sugestivo: que sentido tem continuar mantendo

reclusa uma pessoa quando, há muitos anos de distância da imposição da pena por parte do juiz, já é outra completamente diferente da que foi condenada?

Esta questão supõe evidentemente uma concepção retributiva, ademais de pedagógica, do fim da pena. Mas sobretudo elude uma questão de fundo. A injustiça que deriva do fato de um homem continuar sofrendo uma pena depois de, pelo longo tempo transcorrido, ter se convertido numa pessoa completamente diferente da condenada é um efeito perverso da excessiva duração das penas. E é um defeito estrutural, dado que a mudança de personalidade da pessoa com o transcurso dos anos constitui mais a regra do que a exceção. Devemos então nos perguntar se, em vez de justificar um remédio para este defeito do sistema, com todos os custos que, como veremos, o remédio comporta para a ordem de garantias penais, não seria mais justificado eliminar diretamente o defeito: em outras palavras, reduzir em sede legal as penas destinadas a ser legalmente reduzidas – na Itália, por exemplo, até quase a metade – em sede executiva. Qual é a função de um sistema penal cindido, que prevê e dispõe penas severas em sede legal e judicial para, mais tarde, desmenti-las com uma série de benefícios prisionais distribuídos discricionária e sistematicamente em sede de execução administrativa? O que está por detrás desta separação programática e sistemática entre severidade das penas previstas na lei e moderação das efetivamente cumpridas; entre severidade na imposição e indulgência na execução das penas; entre o *malum quod antea denunciatum* e o concretamente *impositum*, cuja coincidência, desde Hobbes e Pufendorf até Beccaria e Feuerbach, tem constituído sempre a substância dos princípios de legalidade, de certeza e de igualdade penal?

A única explicação desta aparente esquizofrenia é, a meu juízo, uma duplicidade mais ou menos consciente da política penal, devida à perseguição de duas finalidades inconfessas, ambas incompatíveis com o modelo garantista do direito penal. A primeira finalidade consiste na função *exemplar* outorgada à pena cominada, e, precisamente, à parte dela que excede a pena a ser cumprida: uma função, tenha-se em conta, atribuída não em conformidade com as formulações da prevenção, próprias do século XVIII, a exemplo da execução da pena, senão diretamente à condenação, que vem, assim, a assumir um caráter marcadamente simbólico. Trata-se de uma radical alteração do esquema geral-preventivo concebido por Feuerbach: a prevenção geral se realiza não mediante a ameaça legal, que está programaticamente desatendida, mas por meio do exemplo oferecido pela condenação a uma pena severa que não *deve* e, mais que isso, não *pode* ser cumprida.

A segunda finalidade outorgada à execução é a correção do réu num sentido verdadeiramente *disciplinar*. Os benefícios e as reduções de pena concedidos com as medidas alternativas resultam ~~de fato~~ condicionados, no sistema da pena flexível, à boa conduta do réu, ao seu arrependimento ou a outros juízos de valor semelhantes em torno da sua personalidade. Compreende-se o caráter acentuadamente negocial que desta forma vem a assumir a vida carcerária: o preso que pretenda aproveitar os benefícios deverá oferecer cotidianamente provas de sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O sinalagma permanente entre interiorização da pessoa e perspectiva de libertação antecipada transforma-se, assim, num instrumento de governo da prisão, graças ao controle disciplinar e ao submetimento moral dos presos às autoridades carcerárias que o mesmo assegura. Deve-se acrescentar que esta mutação da pena vem a completar, num ordenamento como o italiano, o processo de dissolução da legalidade que afeta também os outros dois momentos do direito penal: o delito e o processo, um e

outro submetidos nestes anos, como veremos, a uma deformação subjetivista e substancialista que tem comprometido a taxatividade do primeiro e o caráter cognitivo do segundo.

Esta dupla função da pena – exemplar no momento da condenação, disciplinatória e comprometedora no momento da execução – confere às instituições punitivas um caráter fortemente potestativo e totalizante. Disso segue-se uma sorte de duplicação do trabalho judicial: a pena, depois de ter sido determinada pelos juízes em relação com o delito praticado, deverá redeterminar-se pelos órgãos encarregados da execução em relação com a conduta na prisão. Confere-se, assim, a estes órgãos um poder imenso e incontrolado: a pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, das quais difere somente porque o arbítrio, em lugar de esgotar-se no ato de sua imposição, prorroga-se durante todo o curso de sua aplicação.

Francesco Carrara, depois de ter expressado sua “repugnância em admitir que assalariados por um governo tivessem direito de tornar ineficazes as sentenças dos juízes”, falou do poder destes como de “um poder secreto que atua na sombra”.¹⁷⁶ A justiça de vigilância penitenciária (juiz da execução) instituída no atual sistema italiano é obvio que não merece, nem formal nem substancialmente, a citada censura, mas isso não muda a natureza arbitrária de seu poder. Por mais dotados de humanidade e de sabedoria que possam ser os juízes de vigilância penitenciária, é o objeto e a natureza das suas decisões que faz com que sua função não seja jurisdicional, senão administrativa. A autoridade que dispensa ou que nega um benefício penal, qualquer que seja, não comprova fatos em um processo contraditório e público, senão que valora e julga diretamente o interior das pessoas; não decide sobre o cometimento de um delito, quer dizer, sobre uma hipótese empírica verificável e refutável, como exige o caráter cognitivo próprio da jurisdição, senão imediatamente sobre a “ausência de periculosidade” de um homem, a sua “boa conduta”, o “seu arrependimento posterior” ou sobre outras valorizações análogas inverificáveis e irrefutáveis por sua natureza. É este poder ilimitado o que torna liberticida e total a instituição carcerária: porque reduz a pessoa a coisa, colocando-a completamente em mãos de outro homem e lesando com isso a sua dignidade, seja quem for, inclusive o mais sábio e honesto, aquele que deve decidir. A liberdade, segundo suas definições clássicas, consiste na certeza das expectativas, na imunidade frente a intervenções arbitrárias, na faculdade de poder fazer ou pensar e, antes ainda, de ser o que se quer sem temor de infringir a lei. Aqui, pelo contrário, todo o ser do detido encontra-se comprometido pela pena: uma vez encarcerado, não tem uma pena certa a cumprir, senão um amanhã incerto que deverá conquistar dia-a-dia com seus carcereiros.

A duplicidade da pena é por outro lado uma hipocrisia institucional. É claro que as medidas alternativas são percebidas pelos presos como graça e providentes benefícios. Mas isso faz parte da perversidade do mecanismo. Se, por hipótese, qualquer delito fosse castigado pela lei com pena de morte ou com prisão perpétua, consideraríamos sacrossanta qualquer medida alternativa, inclusive arbitrária e incerta. Seria absurdo, no entanto, preferir o corretivo à eliminação da injustiça. “Fazei boas leis”, escreveu Bentham, “e não criais uma varinha de virtudes que tenha o poder de anulá-las. Se a pena é necessária não se deve perdoar; se não é necessária não se deve pronunciar”.¹⁷⁷ Infelizmente, as varinhas mágicas – das graças às anistias, dos prêmios para os arrependidos aos pactos e aos diversos descontos e benefícios para quantos se adaptam ao tratamento – são precisamente as medidas privilegiadas por todos os poderes do sistema penal italiano, não dispostos a renunciar

à severidade de fachada e à indulgência caso por caso. No que diz respeito à cultura jurídica dominante, um sinal evidente de sua perda do ponto de vista externo está no fato de que não reclama “boas leis” que atenuem as penas legalmente previstas mas, ao contrário, apresenta as medidas alternativas a estas como uma via imprescindível para mitigar sua excessiva severidade: como se as leis e as penas fossem algo natural ou proviessem de outro planeta, e a nós não restasse mais nenhuma alternativa além de aliviar sua dureza em sede de execução.

Um programa de minimização do direito penal exige, ao contrário, a determinação da *pena mínima necessária* em sede legislativa e jurisdicional: e, por isso, como diremos no próximo item, a supressão da prisão perpétua, a redução das demais penas privativas de liberdade com vistas a sua progressiva superação, a transformação em direitos de todos os benefícios do tratamento concedidos hoje como prêmios (permissões, licenças, comunicações etc.) e, sobretudo, a previsão das atuais medidas alternativas como penas diretamente atribuíveis quando da condenação: por exemplo, a liberdade vigiada, as prisões domiciliares ou a semiliberdade, que poderiam se impor como penas exclusivas para os delitos mais leves, e como penas acessórias, após um breve período de pena privativa de liberdade, para os delitos mais graves. É parte integrante e essencial desse programa de minimização a garantia de certeza da duração da pena, que é em si mesma um fator de mitigação da execução penal. Sobretudo porque dela depende a liberdade interior do condenado frente ao arbítrio, que é um elemento essencial do bem-estar, bem como a dignidade pessoal do condenado. Em segundo lugar, porque uma pena certa e infalível tem, sem dúvida, mais eficácia dissuasória do que uma pena incerta e, portanto, pode ser bem mais benigna: “Um dos maiores freios dos delitos”, escreveu Beccaria, “não é a crueldade das penas, senão a infalibilidade delas... A certeza da punição, ainda que moderada, terá sempre maior impacto do que o temor de outra mais terrível, associada à esperança da impunidade”.¹⁷⁸

É certo que pode parecer um custo renunciar à possibilidade de uma maior justiça material como a permitida pela pena flexível, seguramente com mais aderência ao caso concreto e específico. Mas, trata-se do mesmo custo oriundo da opção por um modelo de direito penal mínimo, cognitivo e garantista, ainda que com sua inevitável rigidez, em vez de por modelos de direito penal de tipo decisionista e inquisitorial. “Flexibilidade das penas”, quer dizer, na verdade, flexibilidade também dos pressupostos das penas; e esta flexibilidade, como a experiência ensina, supõe o esvaziamento da lei e do juízo e, portanto, a dissolução de todas as garantias, tanto penais quanto processuais.

31. UMA ALTERNATIVA ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E ÀS PECUNIÁRIAS

1. Crise do atual sistema de penas e perspectivas de reforma

Nas últimas décadas, o sistema de penas traçado na época das codificações entrou em profunda crise. Para esta crise têm contribuído múltiplos fatores: a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma

que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua.

Como veremos no próximo capítulo, estas mudanças tornam anacrônico, em parte, o sistema de delitos previsto por exemplo no Código Penal italiano. Mas tornam ainda mais inadequado o sistema de penas. Precisamente por isso, nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal: umas, por serem demasiado aflitivas, outras, por serem demasiado pouco aflitivas, e tanto umas quanto outras, por serem ineficazes ou, pior ainda, contraproducentes. Quanto às penas privativas de direitos, sua disciplina vai-se revelando cada vez mais inócua e irracional. Todavia, é mais inaceitável, por sua inutilidade, além de por sua oposição a quase todas as garantias penais e processuais, o conjunto de medidas não penais – as medidas de segurança, as medidas de prevenção e as diversas medidas de polícia – com as quais, como por aluvião, têm-se enriquecido os sistemas penais modernos, e que serão objeto de exame no capítulo 11. Um sintoma da crise das penas privativas de liberdade é, sem dúvida, o desenvolvimento das medidas alternativas e das sanções substitutivas, que representam, talvez, as principais inovações deste século em matéria de técnicas sancionadoras. Mas este desenvolvimento é também um sinal da resistência tenaz do paradigma carcerário. Medidas alternativas e sanções substitutivas não têm substituído, na realidade, a pena de prisão como penas ou sanções autônomas, mas tem-se somado a ela como seu eventual corretivo, acabando, assim, por dar lugar a espaços incontrolláveis de discricionariedade judicial ou executiva.

Uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal é, portanto, a formulação, sobre a base de um repensamento radical da natureza da pena, de um novo sistema de penas, alternativas às vigentes: *penas alternativas*, tenha-se em conta – e não medidas alternativas –, aptas a satisfazer, como penas principais, o duplo fim do direito penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador. É o que tentarei fazer neste parágrafo. Antes, entretanto, é útil analisar os perfis de ineficiência e de injustiça das penas atuais.

2. Pela abolição da pena carcerária

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. Portanto, se é verdade

que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.

Por outro lado, é preciso reconhecer que a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a “privação de um tempo abstrato de liberdade”. Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de *aflição física*, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a *aflição psicológica*: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso.¹⁷⁹

Tanto os sofrimentos físicos quanto os psíquicos subtraem à pena de prisão seus caracteres de igualdade, de legalidade e de jurisdicionalidade. “O grande princípio que deve reger o uso desta espécie de pena é que a lei determine sua duração e objeto”, escreveu Filangieri; “no estado atual das coisas, o juiz é quem ordinariamente fixa a primeira, e um comitê o segundo”.¹⁸⁰ É óbvio que, dois séculos depois, a condição das prisões tem melhorado; porém a atipicidade e a imprevisibilidade dos conteúdos da privação de liberdade não tem mudado, mas, sim, agravado. Esses conteúdos, confiados à discricionariedade das autoridades carcerárias, variam profundamente segundo os tipos de presos e, sobretudo, de estabelecimentos carcerários; e conferem, assim, à pena privativa de liberdade, em contraste com a proclamada certeza e igualdade, um caráter substancialmente *arbitrário e desigual*: Rebibbia e San Vittore, Poggiorale e Volterra, Ucciardone e Regina Coeli – para falar das prisões italianas mais conhecidas – equivalem, cada uma delas, a um regime penitenciário diverso. Sem contar a diferenciação da pena introduzida na Itália, como em todos os países avançados, sob a insígnia de sua transformação programática em “tratamento” individualizado e personalizado. Até o caráter “típico” e “formal” da pena moderna vem desmentido, enfim, pelo funcionamento concreto da instituição carcerária, que se tem transformado numa sociedade meta-de *selvagem* e metade *disciplinar*, por causa da simultânea anomia das relações entre os presos, bem como dos poderes internos de vigilância e de controle.¹⁸¹

A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja. É, talvez, supérfluo lembrar, depois do que se disse nos parágrafos 18.1 e 25, que o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena: este, de fato, quaisquer que sejam as ilusões dos seus defensores, corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem e/ou disciplinar; aquele, ao contrário, corresponde a um programa de direito penal mínimo, orientado à mitigação e à humanização da sanção punitiva. Inclusive admitindo que se algum dia, numa hipotética e improvável sociedade perfeita, deixarem de ter sentido os delitos e as vinganças, a pena deveria conservar-se como medida sancionadora mínima e

exclusiva, para o único caso de que um delito provocasse alguma reação de caráter aflitivo. Por isso, qualquer estratégia de humanização das penas supõe, com a abolição das que em cada momento se manifestem intoleráveis para a consciência cívica, a defesa da forma legal da pena. Daqui segue-se que qualquer campanha pela supressão da prisão não pode mais do que ser distorcida, mal-entendida e obstaculizada, se é confundida com as orientações ideológicas que propugnam a abolição da pena e do direito penal enquanto tais e omite-se a indicação dos tipos de pena, menos aflitivos mas não menos eficazes, com certeza aptos para substituir a pena privativa de liberdade.

Existem, ainda, dois fatores que fazem com que não resulte utópica uma batalha pela abolição da pena privativa de liberdade, ainda que seja a longo prazo. O primeiro deles é que a insatisfação cada vez mais difundida que este tipo de pena produz vem se difundindo no interior da cultura jurídica e, inclusive, na opinião dos operadores carcerários.¹⁸² O segundo, refere-se ao caráter cada vez mais obsoleto da pena privativa de liberdade: conforme ressaltam as estatísticas, tanto na Itália como em outros países evoluídos o número de presos vai diminuindo,¹⁸³ e as penas privativas de liberdade tendem a ser convertidas em “medidas alternativas”, ou alteradas para sanções substitutivas ou, pior ainda, por outros meios de controle tanto penais quanto extrapenais. Em parte, tal fenômeno se inscreve na crise da legalidade penal. Mas este aspecto regressivo há de contrastar com hipóteses progressivas de reforma que seriam absurdas se estivessem na defesa da pena de prisão.

Entretanto, no transcurso do longo período em que está destinada a amadurecer a idéia da abolição da pena privativa de liberdade, exigências elementares de certeza e de justiça fazem com que seja necessária, a curto prazo, uma drástica redução da mesma, por meio da restrição de suas hipóteses de aplicação e do encurtamento da sua duração. Esta redução quantitativa – não indireta, por meio dos atuais mecanismos discricionários de indulgência previstos na fase de execução, senão direta, mediante a sua substituição por tipos de penas mais leves para os delitos menos graves e a redução da legalmente prevista para os mais graves – pode representar, portanto, a curto e médio prazo, um objetivo crível de reforma penal. Além disso, a mesma superação da prisão não poderá ser senão o fruto de um processo gradual, ligado ao processo cultural e à redução das bases sociais da violência. A progressiva minimização da duração da pena carcerária é uma etapa indispensável desse processo.

3. Pela redução das penas privativas de liberdade. O limite máximo de dez anos

Qual poderia ser, numa perspectiva de minimização da pena, a duração máxima da pena de prisão? “Nenhuma pena privativa de liberdade”, escreveu Vittorio Foa, em 1949, poucos anos depois da sua longa permanência nas prisões fascistas, “deveria superar os três ou, no máximo, os cinco anos”,¹⁸⁴ e, pouco antes, na Assembléia Constituinte, Umberto Terracini, que também tinha passado na prisão os vinte anos de fascismo, tinha proposto que a duração da reclusão não superasse o limite dos quinze anos”.

Penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos. Uma redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a idéia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão. E seria possível pelas mesmas razões que estão na

base da crise da prisão: a eficácia dissuasória e estigmatizante alcançada, na atual sociedade dos meios de comunicação, pelo processo e pela condenação pública, mais do que pela execução da pena privativa de liberdade; o progresso cívico e cultural, que hoje torna intoleráveis os sofrimentos inúteis ou em qualquer caso excessivos; o fato de que, aprecie-se ou não, na atual sociedade informatizada as funções de segurança e de prevenção geral dos delitos tendem a ser satisfeitas muito mais pelas funções de polícia do que pela ameaça das penas.

O objetivo da imediata redução do limite máximo da pena para dez anos de reclusão, por outro lado, não é em absoluto irrealista. Já na Itália, atualmente, após a recente lei de 1986, a pena de prisão perpétua tem desaparecido de fato, ao ser possível, depois de quinze anos, sua comutação em medida de semiliberdade e, pouco depois, em liberdade condicional; e o mesmo pode-se dizer da maior parte dos países europeus, onde igualmente tem-se introduzido, nas últimas décadas, diversos e articulados sistemas de medidas alternativas.¹⁸⁵ A flexibilização da pena produzida pelas medidas alternativas foi mais acima criticada pela estratégia correccionalista que a informa, pelos caracteres de falta de certeza e de arbítrio extralegal que, inevitavelmente, confere à execução e pela dissolução de todas as principais garantias da pena que comporta. Mas, também, é o traço mais eloquente da crescente intolerabilidade das penas excessivamente longas. E é claro que uma vez admitido que, conforme a lei, a prisão perpétua pode ser sistemática, ainda que discricionariamente reduzida a quinze anos e as demais penas privativas de liberdade reduzidas à metade, não será difícil admitir – em nome dos valores de certeza, igualdade e legalidade, além do da humanidade das penas – a oportunidade de que a lei reduza, em caráter geral, os limites máximos de todas as penas privativas de liberdade, na mesma medida em que são hoje redutíveis caso a caso. Isso só não ocorreria se o verdadeiro obstáculo fosse não tanto o temor a uma excessiva brevidade da pena, mas, sobretudo, a vontade de não renunciar precisamente aos fins de correção do réu e de governo da prisão que o atual sistema persegue com os complicados mecanismos potestativos previstos para a concessão das medidas alternativas, ainda que à custa de uma alteração dos traços garantistas da pena.

Por outro lado, uma vez reduzidas legalmente as penas privativas de liberdade aos limites citados, perdem todo sentido os argumentos humanitários com os quais hoje se defende a flexibilidade das penas e a incerteza da sua duração máxima: ou seja, que depois de quinze ou vinte anos o condenado é uma pessoa diferente da que era no momento da condenação, deixando de subsistir qualquer justificativa para a posterior privação da liberdade. Que uma pessoa depois de décadas muda radicalmente é um fato que pode ser assumido como certo com caráter geral, sem necessidade de uma decisão específica em cada caso; e justifica, portanto, a redução *para todos* das penas legais, mais ainda do que sua arbitrária flexibilidade. Ademais, uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões da duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar todos os elementos garantistas da pena: sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução. E talvez, um dia, contemos os países que conservem as penas de prisão perpétua e de várias décadas de duração, inevitavelmente associadas aos tratamentos diferenciados e às distintas formas

de benefícios discricionários, da mesma forma que hoje contam-se e deploram-se os que ainda coñservam a pena de morte.

4. Pela abolição das penas pecuniárias e pela reforma das penas privativas de direitos

A pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena *impessoal*, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena *desigual*, ao ser sua formal igualdade bem mais abstrata do que a pena privativa de liberdade. Recai, de maneira diversamente aflitiva segundo o patrimônio e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial. Para obviar estes defeitos tem-se proposto diversas correções, que, no entanto, salvo esporádicas exceções, não têm sido nunca concretamente realizadas pelas enormes dificuldades práticas que comportariam: pense-se na determinação da pena pecuniária por quota patrimonial proposta por Filangieri e Bentham.¹⁸⁶ A desigualdade intrínseca da pena pecuniária alcança ademais formas perversas quando se conjuga com aquelas instituições – resíduos do bárbaro princípio *qui non habet in bonis luat in corpore* –¹⁸⁷ que em alguns ordenamentos permitem a conversão recíproca dos dois tipos de pena: da pena privativa de liberdade em pena pecuniária, como acontece nos Estados Unidos mediante o pagamento de uma caução como preço da liberdade provisória, e da pena pecuniária em pena privativa de liberdade, como até pouco tempo ocorria na Itália com os insolventes.¹⁸⁸

Existe finalmente um terceiro argumento, que me parece o mais importante: a pena pecuniária é *desproporcional* em qualquer delito, ao estar abaixo do limite mínimo que justifica a imposição da pena. De fato, como no critério hobbesiano anteriormente indicado, encontra-se destinada a ser percebida a maior parte das vezes mais como um tributo do que como uma pena. Portanto, se queremos – em coerência com nosso modelo de direito penal mínimo, e, em particular, com o princípio de economia das proibições penais que ilustrarei no próximo capítulo – que somente sejam previstas e castigadas como delitos infrações relativamente graves, nenhuma sanção pecuniária pode ser considerada suficiente para sancioná-las de maneira adequada. A consequência desta desproporção é que a pena pecuniária está hoje limitada às infrações mais leves. Mas isto, de fato, contribui para a inflação do direito penal: basta pensar que no nosso ordenamento até alguns anos atrás eram delitos (contravencionais) inclusive as infrações automobilísticas de proibição de estacionamento. É claro que esta infração não faz mais do que desacreditar o direito penal em seu conjunto, diminuindo sua importância e estimulando essa transformação da pena em tributo, que tanto preocupava os escritores iluministas. Acrescentarei um quarto efeito deplorável, que é a transformação do processo penal induzida por este tipo de castigo: a escassa relevância das infrações e a curta duração das penas têm favorecido, efetivamente, o desenvolvimento de formas de justiça sumária, como o decreto penal, que, por sua vez, desqualificam, em face do seu caráter burocrático, o processo penal e a função judicial.

Frente a tão numerosos e diversos inconvenientes, a única reforma possível desta classe de pena é sua abolição. As possibilidades, na realidade, são duas: ou a pena pecuniária é considerada suficiente, e então dá no mesmo transformá-la numa sanção ad-

ministrativa e descriminalizar o delito para o qual foi prevista; ou bem estima-se insuficiente, e então deverá ser substituída por outro tipo de pena, mais severa. A primeira possibilidade é provavelmente a mais freqüente e também a mais inquietante. A justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e sobretudo não pode incomodar os cidadãos por fatos de escassa importância, como o são a maior parte dos atualmente castigados com simples multas. É bem verdade que estes fatos são às vezes castigados, alternativamente, com a pena pecuniária ou a privativa de liberdade; mas isto, como foi observado no parágrafo 30.3, é um fator inadmissível de incerteza, contrário ao princípio de legalidade das penas e fruto de uma delegação ao juiz de opções que competem ao legislador. É o legislador quem deve decidir se o fato por ele proibido deve ter caráter administrativo ou penal, ou talvez ambos os caracteres, e estabelecer sobre esta base a consequente sanção: uma sanção pecuniária mais ou menos elevada, quando se entenda que o fato não lesiona bens ou direitos fundamentais e, por conseguinte, pode ser qualificado como ilícito administrativo de competência da autoridade administrativa; uma pena restritiva da liberdade pessoal, quando, ao contrário, seja considerado lesivo a bens de fundamental interesse individual ou coletivo e seja qualificado como delito, de competência da autoridade judiciária. E nada impede que possa considerá-lo lesivo de vários bens, fundamentais e não fundamentais, e, por conseguinte, merecedor tanto de uma pena como de uma sanção administrativa. Naturalmente, uma reforma deste tipo supõe não só uma simplificação, senão também uma profunda revisão da hierarquia dos bens merecedores de tutela: em particular, como se dirá nos parágrafos 33.3 e 43.5, a descriminalização de todas as contravenções, assim como de todos os delitos castigados com multa, inclusive quando seja como alternativa à pena privativa de liberdade. Isso só pode favorecer a certeza do direito penal e, ao mesmo tempo, pôr freio à excessiva inflação das proibições, dos processos e, em decorrência, das penas.

Se as penas pecuniárias são desproporcionais por defeito, as penas privativas de direitos, que também têm um conteúdo patrimonial, são às vezes desproporcionais por excesso em relação à gravidade dos delitos para os quais estão previstas. É completamente absurdo, além de inútil que, enquanto as multas se encontram compreendidas em todos os ordenamentos entre as “penas principais” e se impõem depois de uma específica valoração e motivação do juiz, as penas privativas de direitos configuram-se como “penas acessórias” que seguem automaticamente à condenação. Sobretudo na sociedade atual, a capacidade de trabalhar, o acesso à função pública, o exercício de uma profissão ou de uma atividade artesanal ou comercial e até o uso da permissão para dirigir são condições elementares de trabalho e de sobrevivência. E, em consequência, sua privação, sobretudo quando seus efeitos são permanentes, resulta na maioria dos casos bem mais gravosa, já não como uma pena pecuniária, senão com características da pena privativa de liberdade. É claro que em muitos casos (falências, fraudes, corrupções, malversações, falsidades, infrações muito graves das normas de trânsito e semelhantes) estas penas são pertinentes e, por isso, muito mais adequadas e eficazes do que uma genérica pena restritiva da liberdade pessoal. Mas é essencial que sejam elevadas à categoria de penas principais, de forma que possam ser impostas também de maneira exclusiva para aqueles tipos de delito que façam necessária o que Bentham chamava de “incapacitação”. E, sobretudo, é necessário que estejam sujeitas ao princípio de jurisdiccionariedade, de forma que sejam impostas pelo juiz não automaticamente, senão com conhecimento de causa, quer dizer, sobre a base de uma exata interpretação e conotação do fato.¹⁸⁹

5. Um sistema de penas alternativas

Na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente, o tipo de pena que irá substituí-la. Auxiliam nesta questão, como já tenho assinalado, as indicações provenientes da experiência das chamadas “medidas alternativas”: a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras semelhantes. Da forma como estão colocadas atualmente, já se disse, estas medidas não são efetivamente “alternativas”, precisamente porque não excluem, mas integram a pena privativa de liberdade, no curso de cuja execução podem ser aplicadas de maneira inevitavelmente arbitrária e discriminatória. Mas podem muito bem constituir, como ocorre em relação a algumas das atuais medidas de prevenção, uma alternativa à pena de prisão, se são elevadas à categoria de penas principais e como tais aplicadas pelo juiz no momento da condenação: a longo prazo, para todos os delitos, mas, imediatamente, pelo menos para os menos graves, duas daquelas medidas – o confinamento e o desterro – já estavam previstas no Código Zanardelli de 1889 como penas principais junto às privativas de liberdade: tentar-se-ia restabelecê-las para substituir estas últimas, inclusive para os delitos mais graves. Em suma, perfila-se uma perspectiva histórica e estratégica: da mesma forma que no início da época moderna o internamento carcerário foi sobretudo uma medida de prevenção extrapenal e disciplinar (para os ociosos, os vagabundos etc.) e transformou-se em pena principal graças ao projeto de humanização das penas do século XVIII, também hoje, dentro de um novo projeto de humanização e racionalização penal, algumas das atuais medidas alternativas e de prevenção – intoleráveis enquanto tais – parecem destinadas a ser as futuras penas principais.

Qualquer transformação dos conteúdos da pena requer ademais uma redefinição teórica e normativa das privações de bens ou de direitos compatíveis com a salvaguarda da dignidade da pessoa. Para tal fim, pode ser útil partir do reconhecimento da natureza antieducativa e criminógena da pena carcerária. Se exigimos da pena uma função, ainda que não educativa, mas pelo menos não deseducativa nem criminógena, então será necessário reduzi-la, redimensioná-la, redefinindo legalmente seus conteúdos alternativos: não esperando – como foi dito no item precedente – alterá-la na fase executiva, senão modificar sua duração e qualidade na fase legislativa e judicial. Se entendemos que dez ou quinze anos é o tempo máximo de reclusão humanamente tolerável (e hoje de fato já é praticado e tolerado), teremos que sustentar que este limite deverá estabelecer-se pela lei mediante a supressão da prisão perpétua e da redução proporcional de todas as demais penas privativas de liberdade. Se pensarmos que a reclusão é, por si só, uma aflição desumana e excessiva e que na maior parte dos casos não é necessário cumpri-la, sendo suficiente, suponhamos, a prisão domiciliar, a obrigatoriedade de residir em determinado local ou a semiliberdade, é justo que também isto se traduza na transformação das penas legais: mediante a previsão legal da reclusão só para poucos, gravíssimos delitos e por um tempo máximo determinado, por exemplo, os três primeiros anos; e a previsão, após estes três primeiros anos, e desde o início para os demais delitos, de penas legais correspondentes às atuais medidas alternativas, como a semiliberdade, a limitação de fim de semana, as prisões domiciliares e outras semelhantes.

Em todos os casos, a pena estabelecida pelo juiz no momento da condenação deverá permanecer certa e não modificável senão por *atos supervenientes* e taxativamente preestabelecidos pela lei: como, por exemplo, os relativos à saúde do condenado. Em

segundo lugar, deverá consistir sempre num *pati*, quer dizer, na privação de um direito sofrida passivamente. Nisto radica a sua diferença com as sanções civis, como o ressarcimento do dano e a execução em forma específica, que são prestações positivas que satisfazem obrigações de fazer e têm conteúdo reparatório. Podemos alterar o conteúdo da pena mudando os direitos classicamente indicados como objeto de privação ou a natureza das suas restrições: nunca a total privação da liberdade pessoal, que entrega corpo e alma a uma instituição total e é, por conseguinte, um híbrido de pena corporal e de pena disciplinária, senão somente sua parcial limitação ou, melhor ainda, a privação ou restrição de outros direitos. O que não pode ser alterado é o caráter privativo da pena, que é condição de sua certeza, legalidade e determinação.

Os tipos de penas privativas que se podem conceber como alternativa à privação de liberdade são numerosos e variados, podendo ter como objeto singulares faculdades incluídas na liberdade pessoal ou até direitos diversos menos extensos: como a semiliberdade, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a limitação de fim de semana, que privam parcialmente a liberdade pessoal; a residência obrigatória e a proibição de residir em determinado local, que privam a liberdade de circulação, enfim, as penas privativas de direitos, que deverão ser previstas como penas principais para determinados delitos próprios, que privam ou restringem certas formas de capacidade das quais o réu abusou em concreto. Todas estas penas deveriam estar previstas em lei, segundo uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e sua ponderação equitativa, de acordo com a gravidade dos delitos. E em relação a elas, a privação de liberdade resultaria a sanção mais severa, reservada para os casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva. A liberdade – como a vida – é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e, por conseguinte, conforme o argumento de Beccaria, sua privação total deveria ser proibida. Os demais direitos, por serem disponíveis, por outro lado, permitem formas bem mais variadas e toleráveis de privação ou de restrição.

NOTAS

⁽¹⁾ Cf., por exemplo, H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, em apêndice a *Teoria generale del diritto*, cit., p. 420 e ss.; N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 36-37; idem, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 196-201.

⁽²⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 418; idem, *Leviatano*, cit., XXVI, p. 217-218; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., liv. I, cap. IV; J. Bentham, *A fragment on government*, cit., p. 227-238; J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, cit., Lect. I-VI; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 30, 48 e 158; idem, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 19; idem, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 54; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 79 e ss. e 118-121; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 199; idem, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 54-55. Este uso do termo “validade” como sinônimo de “existência” ou de “pertencente ao ordenamento” – estranho ao léxico das disciplinas jurídicas positivas que, pelo contrário, distinguem pacificamente as normas existentes (ou vigentes ou pertencentes a um determinado ordenamento) em “válidas” e “inválidas” – tem-se imposto, por outro lado, com os desorientadores resultados que veremos mais adiante em toda a literatura filosófico-jurídica de tendência analítica: cf. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit. p. 68 e ss.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 118 e ss.; G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963, p. 194-202; A. G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1970, p. 331 e ss.; idem, *Validità*, *Novissimo digesto italiano*, cit., XX, 1975, p. 422; M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milão, 1980, p. 55; R. Guastini, *Problemi d'analisi dei discorsi dei giuristi*, in S. Castignone, R. Guas-

tini e G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Ecig, 1981, p. 190 e ss.; idem, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., p. 37; J. Wroblewski, Tre concetti di validità, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, p. 584-595. Eu mesmo confundi há vinte anos a noção de “validade” com a de “existência” ou “vigência” em *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., p. 536 e ss.

⁽³⁾ O que foi dito na nota 2 em relação aos enfoques normativistas vale igualmente para as doutrinas realistas, que identificam, ao contrário, a validade das normas com sua efetividade. Cf., por exemplo, A. Ross, *On law and justice* (1958), trad. it. Di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, p. 34-49. Recorde-se também a famosa definição do juiz Holmes: “Eu entendo por Direito as profecias acerca das quais os Tribunais farão em concreto, nada mais nem nada menos” (*The path of the law* (1897), trad. it. *In opinioni dissenzienti*, de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1975, p. 260).

⁽⁴⁾ D. 1.4.1.

⁽⁵⁾ São por exemplo existentes ou vigentes tanto uma norma constitucional válida mas ineficaz na medida em que seja constantemente não aplicada, como uma lei ordinária em contradição com ela mas aplicada de fato ou em qualquer caso não declarada ainda formalmente inválida. Pelo contrário, resultaria difícil conceber como “vigente” uma norma ao mesmo tempo inválida, ainda não declarada expressamente como tal, e ineficaz. Sobre as relações entre “vigência”, “validade” e “eficácia”, remeto a meu trabalho *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 123 e ss. Cf. também, *infra*, o parágrafo 58.

⁽⁶⁾ *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 345 e 351. Sobre a distinção entre “estado legal”, simplesmente regido por leis, e “Estado de direito”, onde o poder legislativo está submetido por sua vez a leis que prescrevem ou com mais frequência proíbem legislar com determinados conteúdos, voltarei no parágrafo 57.1.

⁽⁷⁾ *Teoria generale del diritto*, cit., p. 202; idem, *La dottrina pura*, cit., p. 317 e 344 e ss.

⁽⁸⁾ *Teoria generale del diritto*, cit., p. 118. Kelsen, recorde-se, admite o fenômeno das “leis inconstitucionais” por seu sentido ou conteúdo. A sua identificação entre validade e existência, poder-se-ia dizer que “por definição”, impede-lhe entretanto extrair a consequência de que tais leis são também inválidas: “a afirmação corrente de que uma ‘lei inconstitucional’ é inválida (nula) carece de sentido, porque uma lei nula não é com efeito uma lei” (ibidem, p. 158). Isso obriga-o a resolver a aporia mediante dois recursos forçados: o primeiro é “que a Constituição não só admite a validade da lei constitucional, mas também — em certo sentido — a validade da lei ‘inconstitucional’; de outra forma não se poderia falar de uma ‘validade’ da última”, que pelo contrário há de considerar-se, até sua “derrogação”, “válida e portanto constitucional” (*La dottrina pura del diritto*, tr. it. de R. Treves da edição da *Reine Rechtslehre* de 1934, Einaudi, Torino, 1961, 4. ed., p. 88-89); o outro é a confusão entre a derrogação e a anulação, configurada não já como comprovação ou declaração da invalidade senão como um ato que “retira” a validade talvez também com “efeito retroativo” (*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution* (1928), trad. it. de C. Geraci in *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 166-167. Vejam-se as mesmas teses em *Teoria*, cit., p. 158-160, e *Dottrina pura*, tr. it. de M. Losano, cit., p. 302 e ss.

⁽⁹⁾ *Il concetto di diritto*, cit., p. 84-85: “as limitações jurídicas à autoridade legislativa não consistem em deveres impostos ao legislador de obedecer a algum legislador superior, senão em incompetências e incapacidades estabelecidas em regras que habilitam-no para legislar”.

⁽¹⁰⁾ *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 37-38. A distinção entre “validade formal” e “validade material” já tinha sido traçada por Bobbio no artigo Sul ragionamento dei giuristi (1955), reimp. em P. Comanducci e R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, p. 167-169, onde também a validade identifica-se com o fato de a norma pertencer ao ordenamento.

⁽¹¹⁾ Recorde-se no entanto a incompreensão teórica demonstrada por Bentham da Declaração de Direitos de 1789 no ensaio Anarchical fallacies, em *Works*, cit., vol. II, p. 491-534, escrito imediatamente depois da Revolução Francesa mas publicado somente em 1816 por É. Dumont com o título Sophismes anarchiques, agora em *Oeuvres*, vol. I, cit., cap. I, p. 506-535. Bentham, em particular, considerou fruto de uma “confusão de idéias tão grande que é impossível dar sentido” ao artigo 2.º da Declaração, onde se fala de “direitos naturais e imprescritíveis do homem” que o Estado não poderia derogar, como se “existissem direitos anteriores à instituição do Estado” (ibidem, p. 512 e ss.). Dessa forma, Bentham não percebeu que a Declaração de 1789, como de resto as sucessivas constituições, não é um texto de teoria política senão um texto legal, e que por conseguinte suas proposições, embora façam referência ao direito ou aos direitos naturais, não pertencem ao direito “natural” ou “que deve

ser”, senão ao direito “positivo”, “vigente”, “existente” ou “que é”; como tais, bem que podiam impor ao legislador, subordinando-o a ela mesma, a obrigação de não derogar ou respeitar o que nelas se reconhece como direitos invioláveis ou fundamentais, sob pena de invalidade das leis vigentes que as violassem; precisamente nesta limitação da soberania do Estado e na transformação de todos seus poderes, incluídos os legislativos, em poderes sujeitos aos direitos constitucionalmente declarados, consiste a novidade histórica e revolucionária do nascente “Estado de direito”.

⁽¹²⁾ Para cláusulas semelhantes de limitação e esvaziamento constitucional dos direitos fundamentais – a “segurança nacional”, a “moral pública”, os “bons costumes”, o “interesse geral” etc. – v., *infra*, a nota 45 do cap. 13.

⁽¹³⁾ H. Grócio, *De jure belli ac pacis libri tres*, cit., liv. II, cap. XX, par. 1: “Est autem poena generali significatu *malum passionis* quod infligitur ob *malum actionis*”; S. Pufendorf, *De jure*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 4: “poena describi potest per *malum passionis* quod infligitur *ad malum actionis*; seu *malum aliquod molestum*, quod per modum *coactionis* et pro imperio alicui intuitu *antegressi delicti* imponitur”; Ch. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, cit., liv. III, cap. VII, par. 28, p. 413: “Ex his jam formamus definitionem poenae, quod sit *positio mali seu dolor*, quem *propter delictum* infert superior inferiori invito, in emendationem communem civium”; ibidem, 61, p. 417: “poenam deberi illi qui deliquit”. Cf. também T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 255: “Uma punição é um mal cominado pela autoridade pública a quem se lhe tem feito ou omitido algo que essa mesma autoridade julga ser uma transgressão à lei”.

⁽¹⁴⁾ H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 29-38.

⁽¹⁵⁾ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 46-54.

⁽¹⁶⁾ Em *De verborum significatione*, D. 50.16.131. A relação entre delito e pena foi entendida por Ulpiano de uma maneira certamente mais rigorosa que a entendida por Feuerbach: este, ademais da fórmula *nulla poena sine crimine*, cunhou também a mais equívoca fórmula *nullum crimen sine poena legali* (cf., *infra*, nota 76), que é logicamente contrária à tese “*fraus sine poena esse potest*” com a qual Ulpiano, completando a máxima “*poena sine fraude esse non potest*”, expressou o caráter de condição necessária mas não suficiente que tem o delito em relação à pena. De Ulpiano são também as noções retribucionistas da pena como “*noxae vindicta*” e “*delictorum coercitio*” (loc. cit.).

⁽¹⁷⁾ “Neque enim praemia et poenae optatum effectum producent, nisi tribuantur merentibus” (Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., liv. I, cap. VII, par. 16, p. 191).

⁽¹⁸⁾ A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 150.

⁽¹⁹⁾ *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 260; ibidem, XXVI, p. 229 e 231; idem, *Dialogo*, cit., p. 462.

⁽²⁰⁾ Consoante advertiu Francesco Carrara, “atribuía-se em direito penal uma influência imoderada à idéia de prevenção, ampliando o arbítrio em detrimento da justiça”. E acrescentou que “prevenção” e “justiça” penal “são duas forças essencialmente diferentes. Se uma se mede com as normas da outra, debilita-se até chegar à impotência; se a segunda se mede com as normas da primeira, exagera-se até chegar à ferocidade” (*Programma. Parte generale*, cit., Prolegomeni, p. 34). Humboldt chegou inclusive a negar que a prevenção dos delitos pudesse entrar dentro dos limites da atividade do Estado (*Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, cit., XIII, p. 134-136).

⁽²¹⁾ E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 214-238: “uma aplicação coerente do princípio de defesa penal [da sociedade] exigiria na realidade não a fixação de cada fato típico criminoso (aos quais conectam-se logicamente as medidas da pena fixadas pela lei ou pelo tribunal), senão uma descrição precisa dos sintomas que caracterizam o Estado socialmente perigoso e uma elaboração precisa dos métodos que serão aplicados em cada caso particular para proteger a sociedade... A pena pressupõe um tipo legal delituoso fixado com precisão, enquanto a medida de defesa social não tem necessidade dele. A constrição a pagar é uma coerção jurídica que se exerce sobre o sujeito no interior do quadro das formas processuais, da sentença e da sua execução. A medida de defesa social é, ao contrário, puro expediente de conformação a um fim e, como tal, pode ser determinada por regras técnicas” (p. 235-236). As premissas deste projeto de dissolução do direito penal resultam completamente infundadas: como vimos no parágrafo 19.2, longe de ser um produto da lógica capitalista do intercâmbio, o princípio retributivo é de fato a idéia mais arcaica do direito penal, confundindo-se com a concepção da pena como vingança e do direito de punir como *ius talionis*, presente já nas XII

Tábuas e na Bíblia; e, de qualquer modo, não tem nenhum vínculo com a relação contratual de intercâmbio, posto que o chamado “sinalagma” penal não se baseia na vontade dos contratantes senão na vontade imperativa do Estado e não supõe nenhum intercâmbio mercantil entre valores de câmbio. As novidades históricas e teóricas do direito penal burguês são as garantias da predeterminação legal e taxativa dos delitos e das penas, que a partir de tais premissas Pasukanis liquida irresponsavelmente – junto com a proporcionalidade das penas e a culpabilidade – em nome de uma mais franca função corretiva e de defesa social do direito penal. Este esquema teórico, sobre o qual voltarei nos parágrafos 29.3 e 32-34, foi proposto novamente na Itália com particular fervor por Dario Melossi junto com a desqualificação das garantias penais e processuais e do pensamento iluminista considerado em seu conjunto: “o marquês Cesare Beccaria entregou à história e à literatura os princípios que os grosseiros comerciantes de Amsterdam tinham inventado na sua prática aproximadamente século e meio antes” (Introduzione a G. Rusche e O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 15 e ss.; idem, *Criminologia e marxismo: alle origini della questione penale nella società de “Il Capitale”*, *La questione criminale*, 1975, I, n. 2, p. 332 e ss.).

⁽²²⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 429; idem, *Leviatano*, XVII, p. 239-240: “Um delito é um fato [pecado] que consiste em cometer, com palavras ou com um ato, algo que a lei proíbe, ou em omitir o que a lei manda fazer... Desta relação que existe entre fato [pecado] e lei, e entre delito e lei civil, pode-se inferir, em primeiro lugar, que ali onde a lei desaparece, desaparece o fato culpável [pecado]... Em segundo lugar, que quando a lei civil desaparece, os delitos desaparecem”.

⁽²³⁾ *Dialogo*, cit., p. 518.

⁽²⁴⁾ “Atualmente”, escreve Franco Bricola, “nenhuma teoria geral do delito assenta-se mais exclusivamente sobre bases jusnaturalistas” (*Teoria generale del reato*, cit., p. 9). No entanto não têm faltado, inclusive em tempos recentes, as negações do princípio juspositivista de legalidade: vejamos, por exemplo, as teses sustentadas nos anos trinta por Giuseppe Maggiorre e por Francesco Canelutti, que estão noticiadas nas notas 27 e 29 do cap. 2 e no parágrafo 28.2.

⁽²⁵⁾ *Trattato politico*, cit., II, 18-19, p. 177-178: “delito é uma ação que não pode ser realizada segundo o direito”; “é delito o que não se pode fazer ou está proibido pelo direito”.

⁽²⁶⁾ *Principes de législation*, cap. XI, em *Traité de législation*, cit., p. 34: “Um ato proibido é o que se chama de delito”; idem, *Vue générale d’un corps complet de législation*, cit., cap. II, ibidem, p. 287: “declarar por uma lei que um ato está proibido, é erigi-lo a delito”; ibidem, cap. V, p. 291: “Fazer uma lei penal é criar um delito”. Uma definição formalista do delito é oferecida, por outro lado, não obstante seus preconceitos jusnaturalistas contra os quais polemizou Bentham, também por William Blackstone: “O delito é um ato cometido ou omitido violando uma lei pública, tanto se esta proíbe como se determina” (ob. cit., p. 553).

⁽²⁷⁾ *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., liv. II, p. 10: “a noção mais segura de delito é a de um fato humano contrário à lei”.

⁽²⁸⁾ *Programma. Parte generale*, cit., par. 21, p. 61: “delito” é a “infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos e que resulta de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”; ibidem, Prefácio, p. 10: “o delito não é um ente de fato, senão um ente jurídico”.

⁽²⁹⁾ *Teoria generale del diritto*, cit., p. 51-52; idem, *La dottrina pura*, cit., p. 133-134.

⁽³⁰⁾ *Diritto penale*, cit., p. 93: “delito é a violação punível de uma norma jurídica positiva”; idem, *Trattato di diritto penale*, cit., 211, p. 497.

⁽³¹⁾ *Teoria generale del reato*, cit., p. 8 e 20.

⁽³²⁾ *Manuale*, cit., p. 113.

⁽³³⁾ Estas teorias baseiam-se na idéia – não diferente da trivialmente juspositivista – de que o ato desviado é o produto de uma “construção social” erigida pelas operações definitórias e estigmatizantes dos órgãos punitivos, que teriam o efeito não só de qualificar juridicamente mas também de retroagir socialmente sobre a realidade, consolidando os *status* sociais dos sujeitos etiquetados como delinquentes: cf. H. S. Becker, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, Free Press, New York, 1963; F. Sack, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, em *Kriminologie*, F. Sack e R. König (orgs.), Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt a.M., 1968, p. 431-475; idem, *Selektion und Kriminalität*, *Kritische Justiz*, 1971, 4, p. 384 e ss.; W. Keckeisen, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens*.

Perspektiven und Grenzen des “labelling approach”, Juventa, München, 1974; A. Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, em *La questione criminale*, 1975, I, p. 23 e ss.; idem, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, ibidem, 1976, 2, p. 237 e ss.; idem, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 83-116; T. Pitch, *La devianza*, La Nuova Italia, Firenze, 1975, p. 115-144.

⁽³⁴⁾ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 51; idem, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 130-135; F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 36; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 119.

⁽³⁵⁾ F. Carnelutti, ob. cit., p. 42; F. Antolisei, ob. cit., p. 130. O caráter puramente formal da diferença entre delitos e contravenções está contemplado expressamente no art. 39 do Código Penal italiano: “Os ilícitos penais dividem-se em delitos e contravenções, segundo a diversa classe de penas respectivamente estabelecidas para os mesmos por este código”.

⁽³⁶⁾ G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., p. 189: “delito é toda ação que ofende gravemente a ordem ético-jurídica e por isto merecedora daquela grave sanção que é a pena”; mais especificamente, “a ação delituosa é sempre uma ação contrária à moral cristã” (ibidem, p. 193).

⁽³⁷⁾ V. Manzini, *Trattato*, cit., par. 211, p. 498, e par. 17, p. 29.

⁽³⁸⁾ G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 136.

⁽³⁹⁾ J. F. Stephen, *Liberty, equality, fraternity*, cit., p. 159 e 162.

⁽⁴⁰⁾ Lord Denning, *The changing law*, Stevens, Londres, 1953, p. 112.

⁽⁴¹⁾ R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 345: “o delito é a colocação em perigo das condições de existência da sociedade, perigo que o legislador comprova e que somente pode ser eliminado por meio da pena”; F. von Liszt, *Lehrbuch*, cit., par. 26, p. 96: “O delito é o ato culpável proibido pelo Estado sob ameaça de uma pena, por causa de sua periculosidade para a ordem jurídica”; G. Jellinek, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Hölder, Wien, 1878, p. 56: “delito é a ofensa às condições de existência da sociedade”; Art. Rocco, *Lezioni di diritto penale 1931-1932* (litogr.), Tip. Sampaolosi, Roma, 1932, p. 121: “o delito é aquela ação imputável que se reveste de um perigo para a sociedade juridicamente organizada: perigo que não pode ser eliminado por outra sanção que não seja a pena”.

⁽⁴²⁾ *Criminologia*, cit., p. 30, onde se define “delito natural” como toda “lesão daquela parte da moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e probidade) segundo a [medida] média em que se encontram nas raças humanas superiores”; e se acrescenta: “a limitação contida nas palavras ‘raças humanas superiores’ é indispensável porque naquela parte da humanidade conhecida com o nome de selvagens com frequência vê-se que falta, em todo ou em parte, um ou outro de tais sentimentos altruístas, que entre nós são fundamentais”. A noção *iusnaturalista* de “delito natural” tinha sido introduzida por G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., 71, p. 29: “qualquer violação dos direitos alheios que dimanam ou da *retta ragione* [reta razão] ou que estão confirmados pelo consenso de quase todas as nações chama-se delito natural”; e foi admitida por Francesco Carrara, que conetou-a expressamente, em oposição à dos “delitos sociais” (*contro la pubblica fede, contro la pubblica quiete e simili*), com a idéia do “direito natural”: “Delitos naturais são os que têm por objeto os direitos que a lei natural concede ao homem; estes delitos constituiriam lesão ao direito, ainda que prescindindo da sociedade civil e de toda lei humana... Os delitos naturais dividem-se em classes, segundo a diversa espécie de direitos naturais que violem” (*Programma. Parte speciale*, cit., par. 1084-1085, p. 47-48). A idéia se encontra já em Ulpiano (57 *ad edictum*, D. 50.16.42): “quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis”.

⁽⁴³⁾ E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 128: “delitos são ações puníveis determinadas por motivos individuais egoístas e anti-sociais que perturbam as condições de vida e infringem a moralidade de um povo num determinado momento”. A definição é conhecida como “definição Ferri-Berenini”, ao ter sido formulada por este último em *Offese e difese. Appunti di diritto criminale*, Battei, Parma, 1886, p. 148.

⁽⁴⁴⁾ F. Grispiigni, *Diritto penale italiano*, cit., vol. I, p. 144: delito é “aquela conduta que – no entender das pessoas que segundo o ordenamento jurídico estão autorizadas a ditar as normas jurídicas – torna impossível ou coloca em grave risco a existência e a conservação da sociedade”.

⁽⁴⁵⁾ Segundo Mayer, o delito é um ato contrário às normas de cultura (*Kulturnormen*), com as quais “as normas jurídicas coincidem” e “cuja obrigatoriedade conhece e reconhece o indivíduo” (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, p. 16). A idéia será retomada em sentido

abertamente totalitário por W. Sauer, *Recht und Volksmoral im Führerstaat*, *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 1934-35, p. 262 e ss.

⁽⁴⁶⁾ F. von Liszt, *Lehrbuch*, cit., 32, p. 139: “a lesão ou risco de um bem jurídico só será materialmente contrária ao Direito quando esteja em contradição com os fins do ordenamento jurídico que regula a vida comum”. Cf. também A. de Marsico, *Diritto penale. Parte generale*, Jovene, Napoli, 1937, p. 143. Para uma crítica da noção de antijuridicidade material, cf. Art. Rocco, *L'oggetto*, cit., p. 474-498.

⁽⁴⁷⁾ F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 14, 16 e 613, p. 58 e 601; E. Florian, *Dei reati e delle pene*, cit., p. 2.

⁽⁴⁸⁾ G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 123, p. 40; T. Canonico, *Del reato e della pena in generale*, cit., p. 4-5; G. P. Tolomei, *Diritto e procedura penale*, Tip. Sacchetto, Padova, 1874, I, p. 204-206; L. Masucci, *Intorno all'incriminabilità delle frodi contrattuali*, *Rivista Penale*, 1888, 40-41, p. 515-520.

⁽⁴⁹⁾ Art. Rocco, *L'oggetto*, cit., p. 426-432.

⁽⁵⁰⁾ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., VIII, p. 24; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., Prolegomeni, p. 33-39, 150, nota 1, p. 161-162; A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., par. 22; E. Florian, ob. cit., p. 93, onde as contravenções são chamadas “delitos convencionais” em contraposição aos “delitos naturais”. Este critério de diferenciação sublinha a já lembrada distinção de Ulpiano: “quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis”. Trata-se evidentemente de um critério jusnaturalista, visto que, como diz Kelsen, para o direito positivo “não existe *mala in se*, somente existe *mala prohibita*” (*Teoria generale*, cit., p. 53; idem, *La dottrina pura*, cit., p. 134).

⁽⁵¹⁾ Principes du code pénal, parte I, cap. I, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 119.

⁽⁵²⁾ É o que no parágrafo 6.3 chamei de princípio de “justiça formal” e que expressa uma condição necessária, embora não suficiente, de qualquer “justiça substancial”.

⁽⁵³⁾ Cf., por exemplo, E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, cit., I, p. 137: “O que faz que uma ação seja delito é sua contradição com o Direito, o qual por si mesmo é uma das formas reveladoras do bem... Enquanto este [o delito] infringe o Direito em algum dos seus preceitos, leva consigo uma ofensa à lei de moralidade que governa as humanas intenções”.

⁽⁵⁴⁾ É o caso das doutrinas ético-legalistas que, como veremos no parágrafo 33.2, identificam o bem jurídico tutelado pelo direito penal diretamente com o valor ético-político das normas jurídicas e da fidelidade dos cidadãos para com o Estado”.

⁽⁵⁵⁾ Escreve Jhering: “A tarifa [quantidade] das penalidades mede o valor dos bens sociais. A pena, no direito criminal, equivale ao preço nas relações mercantis. Colocando de um lado os bens sociais e do outro as penas, alcança-se a escala dos valores da sociedade; procedendo desta forma em relação aos diferentes povos e às diversas épocas, descobre-se que o direito criminal, pelo que faz aos bens sociais catalogados segundo as penas, apresenta flutuações análogas às que sofrem os preços das coisas: a vida, a honra, a religião, a moralidade, a disciplina militar etc., não têm sido sempre e em todas partes enfocados da mesma forma; não apreciamos hoje certas condições de vida que em outro tempo tinham um valor muito elevado” (*Lo scopo nel diritto*, cit., p. 346; cf. também idem, *Der Kampf um's Recht* (1872), tr. it. de R. Mariano, *La lotta per il diritto*, Laterza, Bari, 1960, p. 83).

⁽⁵⁶⁾ A propósito da definição substancial do delito como “ação má” e da idéia de que está “pressuposta no delito uma maldade, ou ínsita nele, como a que encontra a teologia no pecado e a moral no vício”, Giovanni Carmignani escreve que “põe em evidência uma mente submetida à autoridade de uma lei existente e reduzida à passividade pelos costumes e o uso do foro” (*Teoria*, cit., liv. II, cap. I, p. 11-12).

⁽⁵⁷⁾ *Diritto penale totalitario*, cit., p. 158-159.

⁽⁵⁸⁾ F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, cit., p. 105 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Cf., *infra*, as definições de “delito” contidas na lei de 28.06.1935, que modificou o Código Penal alemão e nos arts. 6 e 10 do Código Penal russo de 1922, e, por outro lado, no parágrafo 43.3, a inumerável série de delitos definidos pelo Código Rocco em termos vagos e indeterminados.

⁽⁶⁰⁾ *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 257.

⁽⁶¹⁾ Ibidem, XXVII, p. 242. Por sua vez Pufendorf define a pena como um mal “quod antea denunciatum, et post cognitionem delicti fuit impositum” (*De jure*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 7).

⁽⁶²⁾ Ainda mais radicalmente, a Constituição Francesa de 1793 chamou de “ato arbitrário” a lei penal retroativa (art. 14) e de “delito” todo ato judicial que desse efeito retroativo à lei (art. 15).

⁽⁶³⁾“Se a pena foi determinada e prescrita pela lei e, depois que o delito é cometido, aplica-se uma pena maior que a que tinha sido estipulada, o que se tenha de excesso já não é uma pena, senão um ato de hostilidade” (T. Hobbes, ob. cit., XXVIII, p. 257).

⁽⁶⁴⁾“A lei penal posterior mais benigna é aplicável também aos delitos anteriores ainda não julgados de maneira definitiva... Essa regra indiscutível estende-se também às hipóteses de variações de uma lei. Se a lei antiga, mais severa, foi substituída por uma mais benigna, e depois volta-se à primeira lei, então o delito cometido sob sua vigência tem que se aproveitar da benignidade intermédia, apesar da terceira lei, porque ao ser publicada a segunda, o delinquente tinha adquirido o direito à benignidade dela... Tais são os princípios gerais acerca desta matéria, substancialmente baseados na regra do predomínio da benignidade” (F. Carrara, ob. cit., par. 759-761, vol. II, p. 184-186).

⁽⁶⁵⁾Este limite está excluído pelo art. 2.º do Código Penal italiano só no caso de *abolitio criminis*, não para os casos em que haja sentença firme baseada na lei passada mais desfavorável ao réu. Para estes casos Carrara falou de um “verdadeiro dever” político de “conceder a graça” (ob. cit., par. 748, p. 178). Ao contrário, sustentaram também nestes casos a aplicação da nova lei mais benévola G. P. Tolomei, ob. cit., par. 687-696 e G. Crivellari, *Il codice penale per il regno d'Italia interpretato*, Utet, Torino, 1890, I, p. 92.

⁽⁶⁶⁾F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 303; idem, *Teoria generale del reato*, cit., p. 46.

⁽⁶⁷⁾F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 890, vol. II, p. 376: “Por analogia, a pena não pode estender-se de um caso a outro; mas a escusa sim pode ser estendida por analogia, de um caso a outro, sempre levando em conta que em qualquer dúvida tem que se aceitar a doutrina mais benigna”. No mesmo sentido, cf. E. Pessina, *Elementi*, cit., I, p. 80-82. Cf., com opinião contrária (e estranha), G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale, Novissimo Digesto Italiano*, cit., I, 1957, p. 609.

⁽⁶⁸⁾“Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines. Non placet igitur extendi leges poenales, multo minus capitales, ad delicta nova” (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit., liv. VIII, aphor. 13, p. 806). Cf. também Condorcet, *Série de fragments*, cit., p. 417: “As penas têm de ser estabelecidas para cada classe de delito por uma lei geral. Esta lei não pode ter efeito retroativo. Não se pode estender em nenhum caso particular a pena prevista para um delito a outro com o qual se lhe suponha tenha semelhança”.

⁽⁶⁹⁾A ascendência romanista do princípio é sustentada por C. Ferrini, *Diritto penale romano (Teorie generali)*, Hoepli, Milano, 1899, p. 39-40; idem, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, cit., p. 21-25; G. Pugliese, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato* (1982), em *Scritti*, cit., II, p. 654 e ss., que documenta sua plena vigência no procedimento *per quaestiones* entre o fim da República e o início do Principado. De opinião contrária é G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, em *Novissimo digesto*, cit., XI, 1965, p. 497, segundo o qual não se pode falar de um princípio da legalidade em sentido estrito nem em relação ao procedimento [“comicial”] dos primeiros séculos da República nem menos ainda em relação à *cognitio extra-ordinem* da época imperial, quando então se remitia ao juiz não somente a determinação da pena, senão também dos próprios tipos delituosos mais além dos principais [tipos] fixados pela lei.

⁽⁷⁰⁾Para falar do princípio da legalidade, ainda que em sentido lato, não basta obviamente invocar a existência, na Grécia, desde o século VII a.C., de uma desenvolvida legislação penal. Sobre os místicos legisladores gregos, e em particular sobre a lei de Dracon (recordada aqui na nota 17 do cap. 6), cf. A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 279-291. Uma lúcida e completa formulação do princípio, inclusive em sentido estrito, encontra-se no entanto nas passagens de Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 1, 1354a e 1355a, p. 2-4 e 13, 1374a, p. 66, referidas nas notas 9 do cap. 1 e 4 do cap. 3.

⁽⁷¹⁾D. 50.16.131.1. Veja-se o início da passagem no parágrafo 27.1 e na nota 16. Cf. também Modestino, *12 pandectarum*, 48.4.7.3-4: “quamquam temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est si non tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est”. O princípio da legalidade e da irretroatividade, por outro lado, encontra-se em Ulpiano, *8 disputationum*, D. 48.19.1.pr.: “quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret si eo tempore esset sententiam passus, cum deliquisset”.

⁽⁷²⁾C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., p. 40; E. Pessina, *Elementi*, cit., I, p. 79-81; G. Vassalli, loc. cit.

⁽⁷³⁾ Art. 39: "Nenhum homem livre será detido, preso, desapossado dos seus direitos ou bens, nem declarado fora da lei nem exilado, nem prejudicada sua posição de qualquer outra forma, nem nós procederemos contra ele, nem enviaremos outros a fazê-lo, a não ser por um processo legal dos seus iguais e pela lei do país".

⁽⁷⁴⁾ U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, 2.^a ed., Cedam, Padova, 1955, p. 39 e ss., 61 e ss., 228 e ss.; G. Vassalli, ob. cit., p. 496-497.

⁽⁷⁵⁾ Ibidem, p. 498.

⁽⁷⁶⁾ Cf. os textos citados nas notas 16 e 24 do cap. 1 e 8-15 e 115-116 do cap. 3. Os aforismos latinos *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* costumam ser atribuídos a Feuerbach, que na realidade, como tem proclamado Mario Cattaneo (*Anselm Feuerbach*, cit., p. 450-452), formulou as máximas *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, *nulla poena sine lege* (A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., par. 20, p. 22). Por outro lado, cabe recordar que o princípio "where there is no law, there is no transgression" ["onde não há lei não há transgressão"], junto ao da "equality before the law" ["igualdade ante a lei"], figuraram dentre as principais reivindicações do movimento inglês dos niveladores, e em particular de John Lilburne, Richard Overton e Gerard Winstanley (de quem cabe recordar a qualificação do juiz como "mouth of the law" ["boca da lei"] na passagem citada na nota 16 do cap. 1); e acabaram contemplados na *Petition* de janeiro de 1648, na de 11 de setembro e no *Agreement of the People* de 15 de dezembro de 1648 (cf. D. Veall, *The popular movement for law reform. 1640-1660*, Clarendon Press, Oxford, 1970, p. 136-138).

⁽⁷⁷⁾ Sobre as codificações penais da segunda metade do século XVIII, cf. E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, em *Enciclopedia*, cit., vol. II, p. 541-768; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., caps. I e IX; A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, Milano, 1975, e a ampla literatura que ali se menciona nas p. 12-17.

⁽⁷⁸⁾ Vejam-se também as leis referidas na nota 136 do cap. 8. Sobre a legislação penal nazista, cf. G. Vassalli, *Nullum crimen*, cit., p. 501 e ss.; A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 32 e ss.

⁽⁷⁹⁾ Estas normas foram reproduzidas no Código Penal russo de 1926, que no art. 7.º dispôs também que "às pessoas que tenham cometido ações socialmente perigosas, ou que representem perigo... serão aplicadas medidas de defesa social de caráter corretivo, médico ou médico-pedagógico". E permaneceram em vigor até a promulgação do Código Penal de 27 de outubro de 1960, que restabeleceu — em cumprimento de uma lei acerca dos "Princípios fundamentais da legislação penal" de 25 de dezembro de 1958 — tanto o princípio da legalidade como o da responsabilidade pessoal (art. 3.º: "É penalmente responsável e punível apenas a pessoa culpada de ter cometido um delito, quer dizer, aquele que realizou mediante dolo ou culpa uma ação socialmente lesiva prevista pela lei penal"). Referências substanciais respeitadas da estrita legalidade na medida em que são favoráveis para o réu e da garantia da ofensividade são, ao contrário, as contidas nos arts. 7 e 50 do Código soviético atual, que estabelecem como descriminantes a "escassa relevância" do fato ou o "cessamento da periculosidade" do seu autor. Transformações semelhantes às da União Soviética apresentam os ordenamentos penais dos demais países socialistas, nos quais geralmente o princípio da legalidade havia sido suprimido (embora tenha se restabelecido depois em muitos casos). Limito-me a recordar o art. 25, § 3.º, da Constituição da República Popular Chinesa de 17.01.1975. Para ulteriores referências, cf. T. Napolitano, *Delitti e pene nella società sovietica*, Giuffrè, Milano, 1965, que publicou em apêndice o texto do Código Penal soviético atualizado até 1980; G. Vassalli, *Nullum crimen*, cit., p. 500; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 33-35, 75; P. Nuvolone, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità, Trent'anni*, cit., vol. I, p. 538-551.

⁽⁸⁰⁾ *Dei reati e delle pene in generale*, cit., I, p. 65 e 63: "A lei velha substancialmente já não deve ser aplicada porque já não responde à defesa das novas condições sociais". Em apoio ao novo princípio Florian invoca as opiniões de Enrico Ferri e dos alemães Schwarze, Haelschner e Geyer.

⁽⁸¹⁾ Vejam-se as passagens de Maggiore e de Carnelutti referidas nas notas 27 do cap. 2 e 106 do cap. 3. Giuseppe Maggiore, em particular, lamentava-se de que "está enraizada tão profundamente a forma *mentis* do Iluminismo na cultura jurídica, que nem sequer um código como o nosso, mesmo

aderindo em alguns aspectos à ideologia da revolução, tem podido subtrair-se à fascinação da máxima *nullum crimen sine lege*. Cabe dizer, no entanto, que, também na Itália, com a incessante marcha rumo à revolução, a religiosidade fanática pela famosa máxima iluminista dia a dia e cada vez mais perde terreno. Muitos são os juristas que procuram, no terreno mesmo do direito positivo, superar as barreiras que proíbem a analogia; e muitíssimos os que reclamam a extirpação do código do anacrônico princípio – definido com justiça como a *magna charta* do delinquent – semelhante ao que tem feito a legislação soviética e a Lei alemã de 28.06.1935” (*Diritto penale totalitario*, cit., p. 158).

⁽⁸²⁾ Cf. o estudo de R. Guastini, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, p. 513-591. A interpretação da lei penal por analogia é admitida também por K. Binding, *Compendio*, cit., par. 21, p. 124-126.

⁽⁸³⁾ Sobre a pena de morte podem ser consultadas amplas resenhas históricas e de direito comparado em K. J. Mittermaier, *Die Todesstrafe* (1862), trad. fr. de N. Leven, *De la peine de mort*, Marescq, Paris, 1865; G. Crivellari, *Il codice penale*, cit., II, p. 17 e ss.; R. de Rubeis, *Morte (pena di)*, *Digesto italiano*, cit., XV, 2, 1904, p. 948 e ss.; F. Carfora, *Pena*, ibidem, XVIII, 2, 1906, p. 1440 e ss.; M. A. Vaccaro, *Genesi e funzione della legge penale*, cit., p. 47-84; H. Hentig, *La pena*, cit., II, p. 49-181; P. Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Bozzi, Genova, 1932, p. 29-52; I. Mereu, *La morte come pena*, Editori Europei Associati, Milano, 1982. Sobre a origem doméstica e a posterior recepção no direito das cidades das diversas formas de execução capital na antiga Grécia – enforcamento, empalamento, crucificação, sepultamento de pessoa viva, apedrejamento – cf. por último E. Cantarella, *Le esecuzioni capitali in Grecia e in Roma. I, La Grecia*, Giuffrè, Milano, 1988. Sobre o originário significado sacrificial e expiatório da pena de morte, vejamos R. Girard, *La violence et le sacré* (1972), trad. it. de O. Fatica, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980; em particular, para o antigo direito romano, onde a pena capital era pronunciada com a fórmula *sacer esto* e comportava a *consecratio* do réu aos deuses com a conseguinte faculdade de qualquer um matá-lo, cf. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899), trad. fr. de J. Duquesne, *Le droit pénal romain*, Fontemoing, Paris, 1907, t. III, p. 233-238; C. Ferrini, *Esposizione*, cit., p. 143 e ss.; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, em V. Arangio Ruiz, A. Guarino, G. Pugliese, *Il diritto romano*, Jouvence, Roma, 1980, p. 253 e ss.; B. Santalucia, *Pena criminal (diritto romano)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXII, 1982, p. 735 e ss.. O caráter ritual e religioso das antigas execuções vem assinalado pela palavra *supplicium*, que quer dizer “súplica a Deus”, “preces”, “sacrifício”, “pena capital” e genericamente “pena” com tormentos. Pense-se ademais no caráter ambivalente – pena e juízo de Deus – associado a muitos suplicios nos primitivos juízos ordálios (*supra*, nota 30 do cap. 3) e dos quais é um resíduo a graça, presente ainda hoje em alguns ordenamentos, concedida ao condenado que sobrevive à cadeira elétrica ou a qualquer outra forma de execução.

⁽⁸⁴⁾ D. 48.19.8; D. 48.19.11.3; D. 48.19.28-31 e 38; CI. 9.17; CI. 9.47. No léxico romanista “penas capitais” não são somente aquelas que privam [o sujeito] da vida, senão também as que comportam a morte civil, quer dizer, a perda da cidadania e dos direitos conexos (*deminutio capitis maxima vel media*), e que colocam os condenados na condição de *servi poenae* (D. 48.19.2.pr.; D. 48.19.36): como a *deportatio*; a condenação *in opus metalli*, isto é, a trabalhos forçados nas minas, ou também *in opus publicum*; a condenação a combater no circo *in ludum gladiatorum* ou *in ludum venatorium*. Cabe recordar, ademais, e é talvez a experiência abolicionista mais antiga, a possibilidade introduzida durante a República para os cidadãos de substituir a pena de morte pelo *exilium* e o *aqua et igni interdictio*, graças à *provocatio ad populum* exercida com as palavras *provoco* ou *civis romanus sum*. A abolição, que ademais da morte incluía também a instigação, remonta a três leis: uma *lex Valeria* de 509 a.C., logo depois da expulsão do rei Tarquínio; uma *lex Valeria* de 300 a.C. e uma *lex Porcia* de 195 – das quais falam Sallustio (*De coniuratione Catilinae*, LI) e, com justo orgulho, Cícero: “Ista laus primum est majorem nostrorum, Quirites, qui expulsi regibus nullum in libero populo vestigium crudelitatis regiae retinuerunt, deinde multorum virorum fortium, qui vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voverunt” (*Pro C. Rabirio perduellionis reo ad Quirites oratio*, III). É certo que o próprio Cícero recorda a condenação à morte, na época republicana, de Saturnino, dos Gracos e dos cúmplices de Catilina, e que por outro lado foi mantido o suplicio (*fustuarium*) para os casos de deserção. No entanto, como escreveu Francesco Carrara, essas mortes, e inclusive as proscrições de Silas e dos triunviros, “faziam-se *jure bellico, quasi in hostes devictos*,

não *judiciali*”, derogando a lei Porcia “em virtude dos poderes excepcionais que por ocasião de calamidades concedia o Senado aos cônsules com a célebre fórmula *consules provideant ne quid Respublica detrimenti capiat*” (ob. cit., par. 661-bis, p. 41-42). A pena de morte, junto às penas corporais, foi mantida no entanto para os escravos e para os peregrinos. E foi restabelecida, em casos e em formas muito mais numerosas e cruéis, sob o império. Uma mitigação deveu-se a Constantino, que com a constituição *Cruenta spectacula* de 325 aboliu os suplicios da *crux* e da condenação *gladio vel bestiis*, ao substituí-los pelos trabalhos forçados *in metallum* (C. Th. 15.12.1). Quanto às penas corporais, foram cominadas pelas XII Tábuas para *membri ruptio* (VIII, 2), *fustium ictus* e a flagelação (*flagellorum ictus*), das quais no entanto estavam excluídos os cidadãos graças à *lex Porcia*, e a marca, imposta com frequência aos *humiliores* além de pena acessória à pena capital da *damnatio ad metalla* (mas a constituição de Constantino de 315 [Cl. 9.47.17] suprimiu a marca no rosto). Cf. G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. I, cap. XIV, p. 235 e ss. e cap. XV, p. 278 e ss.; K. J. Mittermaier, ob. cit., p. 3 e ss.; G. Crivellari, ob. cit., p. 17-20; C. Ferrini, *Esposizione*, cit., p. 143-162; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, cit.; G. Crifò, *Esilio* (parte storica), *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1962, p. 715 e ss.; B. Santalucia, *Processo penale* (diritto romano), ibidem, XXXVI, 1987, p. 324-335; Th. Mommsen, ob. cit., t. III, p. 246-286 e 330-335. Uma apologia da moderação das penas na Roma republicana é feita por Montesquieu, *De l'esprit*, cit., VI, 15, p. 326.

⁽⁸⁵⁾ São apenas algumas das formas de execução capital recordadas, com amplo repertório de fontes, por P. del Giudice, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., p. 515-516, e sobretudo por A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., p. 260-277. No que se refere às penas corporais, foram as mais diversas e extravagantes, e sempre diferenciadas *iuxta conditionem personae*: das mutilações de partes do corpo (mãos, pés, nariz, olhos, orelhas, lábios) à raspagem do crânio sobre o qual depois se espalhava peixe e talvez penas com o objetivo de zombaria; da perfuração das orelhas ou da língua aos açoites e às bastonadas, mais ou menos graves segundo o número de golpes e a grossura do bastão; do isolamento nas masmorras às penas infamantes das marcas – no rosto, nas costas ou no braço –, a cadeia ou a argola no pescoço (P. del Giudice, ob. cit., p. 517 e ss.; A. Pertile, ob. cit., p. 248-260 e 341-353; C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale*, cit., p. 390 e ss.; A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1918, p. 857 e ss.; G. Diurni, *Pena criminale* (diritto intermedio), *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXII, 1982, p. 760 e ss.).

⁽⁸⁶⁾ Os julgamentos de heresia e de bruxaria eram de competência da Igreja nos séculos XIII-XVIII, que depois da condenação relegava o herege às autoridades seculares, não sem antes recomendá-lo à sua piedade [“alla loro pietà”]. Depois de um decreto de Inocêncio III sobre a legitimidade da pena capital (*Vergentis in senium*), a fogueira para os hereges, seguida da destruição da casa e do confisco dos bens, foi contemplada pela primeira vez por uma constituição de Frederico II para o Reino Itálico de 1224, estendida em 1238 ao reino da Sicília e em 1239 a todo o Império; foi depois prevista nas legislações de muitas cidades e Principados, introduzida na Inglaterra por um *writ* de *haereticus comburendo* e novamente na Alemanha pelas ordenações criminais de 1507, 1516 e 1551. A primeira perseguição da heresia como *crimen publicum* (Cl. 1.5.4.1) – mas em formas predominantemente corretivas, interditórias e infamantes – remonta no entanto às constituições de Graciano, Arcádio e Honório contidas no livro XVI do código teodosiano (sobre o qual, veja-se L. de Giovanni, *Chiesa e stato nel codice teodosiano. Saggio sul libro XVI*, Tempi Moderni, Napoli, 1980); mas já no livro I do Código justiniano chega-se a castigar com a decapitação os maniqueus (Cl. 1.5.11: “Ubicumque Manichaei inveniantur, capite damnandi sunt. Manichaeo in loco romano degere deprehenso, caput amputator”) e com o desterro e a infâmia todos os demais hereges (Cl. 1.5.19). Ainda mais antiga é a perseguição dos sortilégios, a bruxaria e a magia, que remonta ao direito romano das XII Tábuas (VIII, 1) e, logo, da idade imperial (Cl. 9.18.4-6), assim como ao primeiro direito bárbaro. Mas somente no século XIII começam a se queimar [em vida] as bruxas, primeiro na Itália e na Alemanha e, depois, de maneira cada vez mais massiva, em toda a Europa. Cf. G. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., III/2, p. 88 e ss.; A. Pertile, ob. cit., p. 434-463 e as numerosas fontes ali citadas; I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Mondadori, Milano, 1970; idem, *La morte*, cit., p. 18 e ss.; R. Mandrou, *Magistrats et sorciers en France au XVII siècle. Une analyse de psychologie historique* (1968), trad. it. de G. Cordero, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, Laterza, Bari, 1971; F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari, 1985, cit., p. 415-457; M. Romanello (org.), *La stregoneria in Europa (1450-1650)*, Il Mulino, Bologna, 1981, com escritos de J. Hansen, A. Ru-

neberg, H. R. Trevor-Roper, K. Thomas, A. MacFarlane, E. W. Monter, R. Mandrou e J. C. Baroja e amplo apêndice bibliográfico. Sobre a inquisição eclesiástica, cf., *infra*, o parágrafo 39.2.

Compreende-se, desde essa perspectiva, o grande valor da batalha iluminista expressada por ensaios como *Problema juridicum: an haeresis sit crimen?*, Halle, 1697, e *De crimine magiae*, Halle, 1701, de Christian Thomasius; dos escritos de Locke sobre a tolerância; dos ataques de Montesquieu contra a qualificação como delitos das ofensas à divindade, da magia e da bruxaria; ou dos panfletos de Voltaire, dentre os quais recorde-se o dirigido contra a condenação à morte e o atroz suplício, ainda em 1766, do cavaleiro de 19 anos De la Barre, culpado por ter cantado uma canção blasfema e por não ter tirado o chapéu ao passar a vinte e cinco passos do santo sacramento (*Relation de la mort du chevalier De La Barre* (1766), em *Oeuvres complètes*, cit., t. XXV, p. 501 e ss.); e o dirigido contra o fanatismo católico que provocou a tortura e o assassinato na roda de Jean Calas, condenado “sem sombra de prova” somente por ser protestante em 09.03.1762, aniversário do massacre dos huguenotes, pela morte do seu filho suicida, de quem se falou que estava a ponto de converter-se ao cristianismo (*Trattato sulla tolleranza in occasione della morte di Giovanni Calas* (1762), in *Scritti politici*, cit., p. 455 e ss.). Inclusive as disputas filosóficas podiam ser resolvidas com a força: Voltaire lembra “a morte espantosa” imposta ao geômetra Ramus no século XVI por ter sustentado uma tese em matéria de *quisque et quamquam* contrária à lógica aristotélica (“seus adversários arrastaram seu corpo ensangüentado diante das portas de todos os colegas da Sorbonne para render honrosa reparação à filosofia de Aristóteles”); e depois uma ordenação de 1624 “que proibia sob pena de morte ter opinião contrária à de Aristóteles” (*Prix*, cit., art. XI, p. 558-559). O mesmo Voltaire calculou que depois do papa Gregório, “chamado de o Santo e o Grande por ter mandado queimar todos os livros antigos que pôde encontrar e por ter sido o primeiro a mandar as bruxas à fogueira”, foram “queimados na Europa mais de 100.000 bruxas e bruxos, endemoniados ou exorcistas. Quanto mais os tribunais os condenava mais reproduziam-se”, até que se “deixou de queimar as bruxas e estas desapareceram da terra” (*ibidem*, art. IX, p. 552-554).

⁽⁸⁷⁾ Francesco Carrara recorda que na França “existiam cinco maneiras diferentes de matar o condenado: 1.ª) O fogo, para os delitos de lesa-majestade divina; 2.ª) O esquartejamento, por meio de quatro cavalos, para certos casos de lesa-majestade humana; 3.ª) A decapitação, por delitos comuns, se o condenado era nobre; 4.ª) A forca, se era plebeu; 5.ª) A roda, por roubos com violência nas ruas” (*Programma. Parte generale*, cit., 662, nota 1). Sobre o “esplendor dos suplícios” na época pré-moderna, veja-se evidentemente, M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., primeira parte. Os séculos XV-XVII são ademais aqueles em que a fúria da forca foi talvez mais desenfreada. Karl Marx sublinha, citando Holinshed, que na Inglaterra “72.000 grandes e pequenos ladrões foram julgados sob Henrique VIII” (*Il capitale* (1867), trad. it. de D. Cantimori, Editori Riuniti, Roma 1967, liv. I, cap. 24, p. 799). E Cesare Cantù calculou, conforme os registros das execuções capitais acontecidas entre meados do século XV e meados do XVIII, que só em Milão “durante os primeiros anos são condenadas não menos de oito pessoas por mês; e ao final não menos de duas ou três” (*Storia degli italiani*, Unione Tipografica, Torino, 1856, t. V, p. 811).

⁽⁸⁸⁾ As XII Tábuas castigavam com tortura (*suspensio Cereri*) o furto noturno de *messi* (VIII, 9), com a precipitação da rocha (*saxum tarpeium*) o furto manifesto e o falso testemunho (VIII, 14 e 23) e com a *consecratio* a fraude (VIII, 21). Na primeira época republicana ademais eram castigados com a fogueira os delitos de incêndio, com a morte o sortilégio, com a precipitação da rocha Tarpeia o falso testemunho e o furto manifesto (B. Santalucia, *Pena*, cit., p. 736). Mas o grande massacre começa com a época cristã e se desenvolve sobretudo na Baixa Idade Média. “Hodie in poenis mera carneficina est”, lamentava A. Alciato, *De verborum significatione libri quattuor*, Gryphium, Lugduni, 1548, gl. *mortis*, col. 247. No direito penal germânico, nos estatutos medievais e depois nas Constituições criminais do século XVI (a *Carolina* de 1532, a *Ordonnance* francesa de 1532, a *Polverina* toscana de 1548, as Constituições milanesas de 1541 e as piemontesas de 1582) castigavam-se com o enforcamento ou a roda o furto na rua, com a fogueira a heresia, a magia e a sodomia, com a asfixia na lama ou o afogamento as ofensas aos bons costumes, com o esquartejamento os crimes de lesa-majestade e com o *bollimento* a fabricação de moedas falsas. Claro ressalta até 44 delitos puníveis com a morte; Guglielmo Bont conta 48 e igualmente numerosos são os enumerados nas legislações estatutárias luquesas, veronesas, venezianas, parmesãs e sicilianas (P. del Giudice, *ob. cit.*, p. 513-517; C. Calisse, *ob. cit.*, p.

391-394; P. Rossi, ob. cit., p. 45 e ss.; A. Pertile, ob. cit., p. 261 e ss.). E ainda na Idade Moderna, nas primeiras codificações, a pena de morte continua sendo difundidíssima, aplicando-se não só aos homicídios, mas também aos "delitos religiosos" (os sacrilégios, a heresia, a magia e inclusive as blasfêmias), os furtos, as falsificações de moeda e os delitos de traição e de lesa-majestade: o Código de Maria Teresa previa a pena de morte para 32 delitos, as Constituições de Modena para 22, a de Carlo Emanuele III de 1770 para 19 e – ainda – o Código francês de 1791 para 32, o napoleônico de 1810 para 36 e o sardo de 1859 para 13. Quanto à lei inglesa, Voltaire, *Prix*, cit., art. II, p. 536, recorda que chegava a dispô-la para qualquer furto de mais de doze salários; e tanto o Código teresino como o piemontês de 1770 contemplavam ainda a fogueira, a roda, o esquartejamento e o arrastamento por cavalo, embora na prática estas formas de execução tivessem se tornado cada vez em mais em raras até quase desaparecer (A. Pertile, ob. cit., p. 262 e 273-274; R. de Rubeis, ob. cit., p. 953; A. Cavanna, ob. cit., p. 181 e ss.).

⁽⁸⁹⁾ Extraído de *When the State kills... The death penalty v. Human rights*, Amnesty International Publications, London, 1989, p. 259-231, as listas atualizadas até 1.º de janeiro de 1989 dos países que ainda conservam e aplicam, dos que conservam mas não aplicam e dos que aboliram totalmente ou em parte a pena de morte. São 100 os países em que a pena capital está ainda em vigor e tem sido aplicada nos últimos dez anos: Afeganistão, Albânia, Argélia, Angola, Antígua e Barbuda, Arábia Saudita, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Benin, Birmânia, Botsuana, Bulgária, Burkina Fasso, Burundi, Camarões, Camboja, Congo, Coreia do Norte, Coreia do Sul, Cuba, Chade, Checoslováquia, Chile, China (Rep. Pop.), Dominica, Egito, Emirados Árabes Unidos, Etiópia, Gabão, Gâmbia, Gana, Granada, Guatemala, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Guiana, Hungria, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Jamaica, Japão, Jordânia, Quênia, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Libéria, Líbia, Malawi, Malásia, Mali, Marrocos, Mauritânia, Maurício, Mongólia, Moçambique, Namíbia, Nepal, Níger, Nigéria, Omã, Paquistão, Polónia, Catar, República Centro-africana, República da África do Sul, Romênia, Ruanda, São Cristóbal, Santa Lúcia, São Vicente, Serra Leoa, Singapura, Síria, Somália, Sudão, Suriname, Suazilândia, Taiwan, Tailândia, Tanzânia, Tonga, Trindade e Tobago, Tunísia, Turquia, Uganda, URSS, USA (excetuados os 14 estados de Alasca, Columbia, Hawai, Iowa, Kansas, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New York, Dakota do Norte, Rhode Island, West Virgínia e Wisconsin), Vietnã, Iêmen do Norte, Iêmen do Sul, Iugoslávia, Zaire, Zâmbia e Zimbábue.

São 27 os países nos quais a pena de morte está em vigor mas não é aplicada há pelo menos dez anos: Andorra, Anguila, Bahrein, Bélgica, Bermudas, Butão, Bolívia, Brunei, Costa do Marfim, Grécia, Hong Kong, Irlanda, Ilhas Caiman, Ilhas Comores, Ilhas Turcas e Caicos, Ilhas Virgens, Madagascar, Maldivas, Monserrat, Nauru, Paraguai, Samoa Ocidental, Senegal, Sri Lanka, Togo e Djibuti.

São 35 os países que até 1.º.01.1989 haviam abolido por completo a pena de morte: Austrália (desde 1984), Áustria (desde 1968), Cabo Verde, Cidade do Vaticano (desde 1969), Colômbia, Costa Rica, Dinamarca (desde 1978), Equador, Finlândia, França (desde 1981), Haiti (desde 1987), Holanda, Honduras, Islândia, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Kiribati, Luxemburgo (desde 1979), Liechtenstein (desde 1987), Micronésia, Mônaco, Nicarágua (desde 1979), Noruega, Panamá, Portugal, República Dominicana, República Democrática Alemã (desde 1987), República Federal Alemã (desde 1949), São Marino, Suécia, Tuvalu, Uruguai, Vanuatu e Venezuela. São 18 os países que na mesma data aboliram a pena de morte para o tempo de paz, mantendo-a entretanto para o tempo de guerra ou para outras situações excepcionais: Argentina, Brasil, Canadá (desde 1976), Chipre (desde 1983), El Salvador (desde 1983), Espanha (desde 1978), Grã-Bretanha, Ilhas Fiji (desde 1979), Israel, Itália, Malta, México (desde 1975), Nova Zelândia, Papua Nova Guiné (desde 1979), São Tomé e Príncipe, Seychelles e Suíça. Sobre as abolições realizadas desde o século passado, cf., *infra*, nota 106.

⁽⁹⁰⁾ Segundo a Anistia Internacional (*When the State kills*, cit., p. 263), entre 1985 e a primeira metade de 1988 foram executadas 3.399 penas de morte, das quais 83% em somente 10 países: 743 no Irã, 537 na África do Sul, 500 na China, 439 na Nigéria, 150 na Somália, 140 na Arábia Saudita, 115 no Paquistão, 66 nos Estados Unidos, 63 na Rússia e 52 na Malásia.

⁽⁹¹⁾ *United States of America. The death penalty*, Amnesty International Publications, London, 1987, p. 9. Aproximadamente dois terços desta cifra é formada por negros; e a desproporção é de nove para um (405 sobre 455) para as execuções capitais impostas não por homicídio mas por roubo (*ibidem*, p. 10-11). Se se considerar que as pessoas negras formam não mais do que 12% da população americana, pode-se ter uma idéia do grau de discriminação racial que preside, nos Estados Unidos, a

irrogação da pena de morte (como, ademais, da pena privativa de liberdade: *infra*, nota 183). Os métodos de execução capital são diferentes nos diversos estados: a cadeira elétrica (Alabama, Connecticut, Flórida, Geórgia, Indiana, Kentucky, Louisiana, Nebraska, Ohio, Pensilvânia, Carolina do Sul, Tennessee, Vermont, Virgínia), a câmara de gás (Arizona, Califórnia, Colorado, Maryland, Mississippi, Missouri, Carolina do Norte), a injeção letal (Arkansas, Idaho, Illinois, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, Novo México, Oklahoma, Oregon, Dakota do Sul, Texas, Utah, Washington, Wyoming), o fuzilamento (Idaho, Utah), a forca (Delaware, New Hampshire, Washington, Montana) (*ibidem*, p. 108-138 e 122-123). A pena de morte, em contraste com a Convenção Internacional e com a Interamericana sobre Direitos Humanos, não preserva nem sequer os adolescentes: recorde-se as execuções de Charles Rumbaugh (em 11.09.1985, no Texas), de James Terry Roach (em 10.01.1986, na Carolina do Sul) e de Jay Pinkerton (em 15.05.1986, no Texas), que no momento do delito tinham todos 17 anos. E a condenação de Paula Cooper, de 16 anos, que provocou indignação internacional, é apenas um dos 32 casos de jovens, na sua maioria negros, que em julho de 1986 estavam à espera de execução (dos quais 21 tinham 17 anos no momento do delito, 6 tinham 16 anos, 4 tinham 15 anos e um – negro – tinha só 14 anos) (*ibidem*, p. 65-75). A idade mínima estabelecida pela lei para a responsabilidade mediante a pena de morte é de apenas 10 anos em Indiana e Vermont, de 12 anos em Montana, de 13 no Mississippi, de 14 no Alabama, Idaho, Kentucky, Missouri, Carolina do Norte e Utah; de 15 no Arkansas, Louisiana e Virgínia, de 16 em Nevada, de 17 em Geórgia, New Hampshire e Texas (*ibidem*, p. 66), embora em todos os lugares a execução capital somente venha a ocorrer, com sutil hipocrisia, depois da maioridade penal. Cabe assinalar, enfim, que as execuções capitais nos Estados Unidos, depois de terem alcançado os números máximos nas décadas de 1930 e 1940, com uma média de aproximadamente 150 anuais, diminuíram a 48 depois de 1951 e 1967 e cessaram por completo entre 1968 e 1976. Nos últimos anos tem havido uma extraordinária recuperação: 21 execuções em 1984, 18 em 1985 e 16 nos primeiros dez meses de 1986 (*ibidem*, p. 207).

⁽⁹²⁾ Cf. H. Laurent, *Les châtiments corporels*, Librairie Phily, Lion, 1912, p. 300-400, que registra a sobrevivência no início do século das penas corporais, e em particular dos açoites, na Grã-Bretanha, Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Noruega e Suécia; H. Hentig, *La pena*, cit., p. 230-251, que ademais dos açoites em tais países cita a pena muito mais horrível da castração, introduzida na Alemanha nazista para os reincidentes nos delitos sexuais (contra os costumes) pela Lei de 24.11.1933 (trad. it. em *Giustizia penale*, 1933, parte I, col. 395-397). Penas corporais e amputações subsistem ainda hoje em muitos países islâmicos.

⁽⁹³⁾ Alessandro Baratta calcula que na década de 1970 os casos de morte extralegal e extrajudicial – isto é, de responsabilidade dos Estados e fora de situação de guerra, guerrilha e genocídio – ascendem a 500.000. Cabe acrescentar ainda a cifra dos desaparecimentos e a incalculável cifra das torturas (Aspetti extragiudiziali della pena di morte, *La pena di morte*, cit., p. 175 e ss.). Sobre a tortura no mundo, e também sobre os homicídios extralegais e sobre outras violações de direitos humanos, veja-se a ampla documentação referida na publicação da Anistia Internacional, *Torture in the eighties*, London, 1984, e *Voices for freedom*, London, 1986.

⁽⁹⁴⁾ Platão, *Le leggi*, cit., liv. IX, 854d-856c, p. 358-361, onde são admitidas também a marca e o chicote; *ibidem*, 862d-863a, p. 372, onde se prevê a pena de morte para os incorrigíveis; *ibidem*, 937c, p. 481, onde recomenda-se a morte para quem testemunhar em falso pela quarta vez; *idem*, *Protagora*, cit., 322d, p. 322; Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 14, 1375a, p. 69; *idem*, *Ética Nicomachea*, cit., X, 9, 1180a, p. 310; Sêneca, *De ira*, cit., I, 6, p. 16-19.

⁽⁹⁵⁾ Agostino de Tagaste, *La città di Dio*, cit., liv. I, cap. XXI, p. 62, segundo o qual não violam o direito de matar “os homens que, movidos por Deus, têm provocado guerras, ou os que, investidos de pública autoridade, e atendo-se a sua lei, quer dizer, segundo o domínio da razão mais justa, causam a morte de réus de crimes”; Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XI, art. 3, onde admite a morte aos hereges; quaestio LXIV, art. 2, em que se permite matar os perigosos, já que “hominem peccatorem occidere potest esse bonum, sicut occidere bestiam”; *ibidem*, quaestio CVIII, art. 3, onde se afirma que “Dominus prohibet eradicari zizania quando timetur ne simul cum eis eradicetur et triticum. Sed quandoque possunt eradicari mali per mortem non solum sine periculo, sed etiam cum magna utilitate bonorum. Et ideo in tali casu potest poena mortis peccatoribus infligi”; *idem*, Contra gentes, liv. III, cap. CXLVI, onde o príncipe que condena à morte os delinquentes é comparado com

o médico que amputa a parte enferma para salvar todo o corpo; R. Belarmino, *Controversie*, II, cap. XIII, intitulado “Liceità della pena di morte”, *Scritti politici*, ed. por C. Giacon, Zanichelli, Bologna, 1950, p. 249-251, onde apela-se à autoridade da Bíblia (*Gênesis*, 9, 6 e 38, 24; *Êxodo*, 21, 140; *Números*, 35, 18 e ss.), do Evangelho (*Mateus*, 26, 52), de São Pedro (*Primeira epistola*, 2, 13-14), de São Paulo (*Romanos*, 13, 1-2 e 4), de Inocêncio I, de Santo Hilário, de São Jerônimo e de Santo Agostinho, com vasta coleção de sagradas escrituras em favor da pena de morte.

⁽⁹⁶⁾ M. Lutero, *Sull' autorità secolare: e sulla guerra dei contadini* (1525), *Scritti politici*, Utet, Torino, 1949, p. 399 e ss., 484 e ss. e 510 e ss. Lutero, em particular, legitimou a pena de morte e pediu sua aplicação para as rebeliões camponesas encabeçadas por Thomas Münzer, explicando o insucesso e a repressão com o “fato de que Deus quer castigar a rebelião dos camponeses” (p. 502) e interpretando a circunstância de que “Thomas Münzer perdeu” como um “juízo de Deus”, por meio do qual “aquele tem-se revelado como mentiroso” e tem-se colocado de “manifesto que sob o nome de Deus tem falado e atuado, pelo contrário, em nome do demônio” (p. 495). De Calvino, recorda a condenação à fogueira do herege espanhol Miguel Servet, por sua vontade, em Genebra em 27 de outubro de 1553, e a polêmica que se seguiu entre Sebastian Castellion, autor com o pseudônimo de Martinus Bellius de um opúsculo *De haereticis an sint persequendi*, e o mesmo Calvino, que publicou em 1554 uma *Defensio* em que “ostenditur haereticos iure gladii coercendos esse et nominatim de homine hoc tam impio iuste et merito sumptum Genevae fuisse supplicium”. Sobre a polêmica, desenvolvida com um escrito do calvinista Teodor Beza e depois com uma nova intervenção de Castellion, *De haereticis non puniendis*, cf. F. Ruffini, *La libertà religiosa* (1901), Feltrinelli, Milano, 1967, p. 48 e ss.; I. Mereu, *La morte come pena*, cit., p. 71-76.

⁽⁹⁷⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XVIII e XXVII, p. 148 e 258; B. Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* (1670), trad. it. de R. Cantoni e F. Fergnani, *Trattato teologico-politico*, Utet, Torino 1972, cap. XVI, p. 649 e 656; J. Locke, *Secondo trattato*, cit., cap. I, par. 3, p. 238, onde o “poder político” define-se como “direito de ditar leis com a pena de morte”; ibidem, par. 8, 11-12 e 18, p. 244, 246-247 e 252; J.-J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), liv. II, cap. V, Garnier-Flammarion, Paris, 1966, que chega a conceber a vida humana como “un don conditionel de l'État”; I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 520-527.

⁽⁹⁸⁾ De Moro e de Campanella – dos quais o primeiro, no entanto, criticou a pena de morte para o furto – recordem-se as passagens reproduzidas nas notas 116-118 e 48 do capítulo 5. Quanto a Winstanley, que alguns anos antes tinha condenado a pena de morte, veja-se o *Piano della legge della libertà*, cit., p. 400-409, onde a pena de morte está prevista pelas Leis 3, 28, 40, 49, 58 e 59 para a corrupção dos magistrados, o comércio, o uso da religião com fins de lucro, a rebelião armada contra as leis e a violação (cf., sobre a doutrina penal de Winstanley, G. Fiaschi, *Potere, rivoluzione e utopia nell'esperienza di Gerrard Winstanley*, Cedam, Padova, 1982, p. 576-583. A pena da “mera morte (*mort simple*)” foi admitida também por Montaigne, que também elevou a sua voz contra a inútil crueldade dos suplicios (*Essais* (1580), Garnier, Paris, 1962, t. I, liv. II, cap. XI, p. 473-477).

⁽⁹⁹⁾ Montesquieu, ob. cit., XII, 4, p. 435, e XV, 2, p. 492; K. F. Hommel, *Introduzione alla versione tedesca di “Dei delitti e delle pene”*, cit., p. 609; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, XXIX-XXX, p. 506-515; G. Mably, *De la législation*, cit., liv. III, cap. IV, p. 279 (para os delitos de assassinato e de traição); Condorcet, *Série de fragments*, cit., p. 416.

⁽¹⁰⁰⁾ J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, cit., 14 e 20; G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 101 e 102 e agregado ao par. 101, p. 98-100 e 328; B. Croce, *Filosofia della pratica* (1908), Laterza, Bari, 1957, p. 362, de quem vale a pena lembrar o argumento – estranho em um incrédulo – de que a pena de morte “pode-se reputar útil se deu ao culpado um dia, uma hora ou um instante daquela vida humana, daquele contato com o infinito, que ele tinha perdido”.

⁽¹⁰¹⁾ A. Feuerbach, *Der Tod ist das grösste Uebel und die abschreckendste Strafe*, *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, II, 1800, p. 244-282; idem, *Kritik des Kleinschrodenschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Tasché und Müller, Giessen, 1804, p. 165-167; J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, cit., liv. II, cap. XIV, 4, p. 72-73 (mas somente para os delitos políticos de alta traição ou subversão e, in *terrorem*, nos assassinatos atroz e na carnificina); G. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, cit., parte II, cap. XXI, 346, p. 146-147; idem, *Memoria sulle pene capitali* (1830), in *appendice a Genesi del diritto*

penale (ed. Guasti, Prato, 1842), II, p. 499-510; G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. III, p. 141; B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle* (1818), trad. it. de V. Galeffi, *Corso di politica costituzionale*, Monni, Firenze, 1849, t. I, *Sviluppamenti*, XIII, p. 199; idem, *Commento sulla scienza della legislazione di G. Filangieri* (1822), parte III, XI, em apêndice a G. Filangieri, ob. cit., II, p. 602-606. A intervenção no Parlamento inglês de John Stuart Mill em favor da pena de morte é lembrada por N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena de morte, La pena di morte nel mondo*, cit., p. 30-31. Inclusive Beccaria e Voltaire não rejeitaram incondicionalmente a pena de morte: o primeiro admitiu-a para os delinquentes políticos perigosos e quando não houvesse outro meio de prevenção (*infra*, nota 147); o segundo justificou-a, seguindo o primeiro, “num só caso: quando não haja outro meio para salvar a vida de um maior número de pessoas. É o caso em que se mata a um cachorro raivoso” (*Prix*, cit., art. III, p. 540).

⁽¹⁰²⁾ Pellegrino Rossi, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 391-403; P. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale*, cit., par. 830-842, p. 291-294; G. P. Tolomei, *Diritto e procedura penale*, cit., p. 361-362; G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 529-535; F. Carnelutti, *La pena di morte nel diritto pubblico*, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1931, p. 349 e ss., onde avança a singular configuração da pena de morte como “expropriação por razão de utilidade pública”.

⁽¹⁰³⁾ R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 61-69 e 425-427; G. Tarde, *La philosophie pénale*, cit., p. 533-572; E. Ferri, *Pena di morte e difesa di Stato*, *La scuola positiva*, 1926, VI, p. 396 e ss.; Art. Rocco, *Sul ripristino della pena di morte in Italia* (1926), *Opere giuridiche*, cit., III, p. 545-552; idem, *Intorno alla pena di morte*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1933, p. 400-407; Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, p. 107 e ss.; V. Manzini, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza comune e la malavita*, *Rivista Penale*, 1910, I, p. 5 e ss.; idem, *Della pena di morte e della sua retroattività*, *L'Impero* de 08.10.1926, onde sustenta, no dia seguinte do atentado frustrado contra Mussolini, a possível retroatividade da pena de morte; idem, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. III, par. 527, p. 55-59. De Manzini cabe assinalar, confirmando a metamorfose política referida na nota 40 do capítulo 4, a profunda mudança em relação às suas teses de 1899 expressadas na voz *Diritto penale*, cit., 1899, p. 93, nota: “Da pena de morte nada mais cabe discernir, posto que nós, como a maior parte dos criminalistas e dos sociólogos, consideramos agora esta questão cientificamente resolvida no sentido da abolição do infamante e inútil suplício”. Um itinerário ético-político exatamente oposto foi ao contrário o percorrido por Giuseppe Maggiore, tão exageradamente favorável à pena de morte na edição de seu *Diritto penale* de 1932 (p. 371-374), como fervorosamente contrário a ela na edição de 1951 (p. 693-709).

⁽¹⁰⁴⁾ A refutação filosófico-política mais relevante da pena de morte – não “um direito”, senão “uma guerra da nação com um cidadão” – deve-se, como se sabe, a Beccaria, que a fundamentou, ainda com alguma ambigüidade (*infra*, nota 147), em dois argumentos: o argumento utilitarista da inutilidade da pena capital por ser mais ineficaz que a reclusão como meio de intimidação, e o argumento contratualista pelo qual não pode formar parte da “soma de curtas porções de liberdade de cada um” conferidas por todo cidadão ao Estado “o arbítrio de fazê-lo morrer”, devido a que não entra no “mais curto sacrifício da liberdade de cada particular” que está na base do viver civil “aquele da vida, grandíssimo entre todos os bens” (ob. cit., XXVIII, p. 62-70). Argumentos totalmente utilitaristas foram, ao contrário, os sustentados contra as penas capitais por Voltaire, *Comentario intorno al libro dei delitti e delle pene*, cit., X, p. 624-626: “um homem enforcado não serve para nada...”; idem, *Prix*, cit., art. II, p. 538: “Castiga-se, mas não castigais cegamente. Castigais, mas utilmente”; ibidem, art. III, p. 540-541: “condenai o criminoso a viver para ser útil: que trabalhe continuamente para seu país, por ter ocasionado danos a seu país... não se trata aqui de discutir qual é a pena mais suave, senão a mais útil”; e por J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. II, cap. XIV, p. 68 (“1.º, a pena capital não se transforma em proveito...; 2.º, é uma perda, porque é um gasto no qual se constitui a força e a riqueza de uma nação, que é o número dos que a compõem...; 3.º, sendo muito desigual, é por conseguinte muito incerta em sua operação preventiva”). Mais incondicionalmente moral é a rejeição da pena de morte em K. J. Mittermaier, ob. cit., p. 63 e 132 e ss., e em F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., 659-662, p. 31-47; idem, *Frammenti sulla pena di morte* (1867), *Opuscoli*, cit., V, p. 59-106; idem, *Pena di morte* (1877), ibidem, VII, p. 401-470. Merecem também recordação as apaixonadas condenações da pena capital pronunciadas por G. Mazzini, *Al conte di Cavour* (1858), *Opere*, Rizzoli, Milano, 1967, II, p. 633-634, e a expressada no belo ensaio de C. Cattaneo, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, cit. Sobre as vicissitudes parlamentares da pena de morte na Itália, do pro-

jeto abolicionista De Falco de 1866 até o Código Zanardelli de 1889, cf. G. Crivellari, ob. cit., p. 37-177. Sobre a batalha abolicionista – realizada pelo *Giornale per l'abolizione della pena di morte* (1861-1865) e por Cesare Beccaria, *Foglio settimanale della riforma carceraria* (1864-1870) e dirigida por Pietro Ellero, Francesco Carrara e Enrico Pessina (com a adesão de Giuseppe Garibaldi, Francesco Guerrazzi, Nicolò Tommaseo e Giosuè Carducci) –, cf. I. Mereu, *La morte*, cit., p. 135-168.

⁽¹⁰⁵⁾ Depois das experiências abolicionistas dos últimos dois séculos, a inutilidade da pena de morte como instrumento de prevenção dos delitos é algo incontestável. Tancredi Canonico lembra que na Toscana, que foi o primeiro país europeu onde a pena de morte foi abolida, nos quatro anos seguintes à abolição, de 1786 a 1790, houve apenas quatro homicídios, enquanto de 1791 a 1796, depois de ter sido reintroduzida em 1790 a pena capital, foram trinta os homicídios (*Del reato e della pena*, cit., p. 467). Cabe dizer a mesma coisa em relação à experiência italiana, onde os homicídios, durante a vintena fascista, em que a pena de morte foi reintroduzida (por meio do D. L. 2008, de 25 de novembro de 1926), foram em média mais numerosos (2.186 ao ano, entre 1927 e 1947) que na vintena seguinte à sua supressão por parte da Constituição (1.786 ao ano, entre 1948 e 1970); pelas mais recentes experiências da Espanha e da França, onde igualmente os homicídios tampouco têm aumentado senão diminuído depois da supressão da pena de morte em 1978 e 1981, respectivamente; e nos Estados Unidos, onde nos poucos estados que aboliram a pena de morte o número de homicídios não é superior ao daqueles que a conservam. Vejam-se também os dados reproduzidos por C. Cattaneo, *Della pena di morte*, cit., p. 190-194; por K. J. Mittermaier, ob. cit., p. 69-91, 137-140 e 191-198, e por P. Rossi, ob. cit., p. 194-238, sobre a diminuição da criminalidade no século passado, depois da redução das execuções capitais e dos delitos castigados com a pena de morte, na Itália, Alemanha, Inglaterra, França e Rússia. No mesmo sentido, cf. J. C. Chesnais, *Histoire de la violence*, cit., caps. II e III, e sobretudo o recente USA. *The death penalty*, cit., p. 162 e ss. O nexó entre ferocidade das penas e incremento dos delitos já tinha sido anunciado por Beccaria: ob. cit., XXVII, p. 60: “Os países e tempos dos mais atrozes castigos foram sempre os de mais sanguinárias e inumanas ações; porque o mesmo espírito de crueldade que guiava a mão do legislador regia a do parricida e do matador. Sentado no trono ditava leis de ferro para almas atrozes de escravos, que obedeciam. Na escuridão privada estimulava a sacrificar tiranos para criar outros novamente”.

⁽¹⁰⁶⁾ A pena de morte foi abolida pela primeira vez (fora a já lembrada supressão na Roma republicana para os cidadãos romanos) em 30 de novembro de 1786 por Pedro Leopoldo I na Toscana, onde no entanto foi reintroduzida por um decreto de 30 de junho de 1790 para os delitos de subversão revolucionária e pelas Leis de 30 de agosto de 1795 e de 22 de junho de 1816 para os homicídios e os roubos, novamente suprimida em 11 de outubro de 1847, reintroduzida outra vez em 16 de novembro de 1852 e suprimida mais uma vez por um decreto de 30 de abril de 1859 ditado pelo governo provisório nas vésperas da unificação; foi limitada por José II, no Código austríaco de 13 de janeiro de 1787, somente aos delitos de subversão, mas depois novamente estendida a numerosos delitos no Código de 1803; a sua abolição foi proposta na França revolucionária por Robespierre, com seus *Discours sur la peine de mort* pronunciados em maio de 1791 na Assembléia Constituinte (em *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, PUF, Paris, 1952, VII, p. 432 e ss.). Mas foi mantida, embora apenas para os delitos políticos e os homicídios agravados (art. 25, 26, 31-33, 71, 74 e 77), no “Projeto” de Código Penal para a Lombardia redigido entre 1787 e 1792 – sob encargo primeiro de José II e depois, quando lhe sucedeu em 1790, de Leopoldo – por uma Comissão da qual também fazia parte Cesare Beccaria (veja-se, sobre tal projeto, A. Cavanna, *La codificazione penale*, cit., que reproduz o texto em apêndice, e, sobre a discussão no seio da Comissão, F. Cordero, *Criminalia*, cit., p. 550-572). Durante o século passado a abolição da pena de morte foi repetidamente proposta em quase todos os países do mundo, mas somente em poucos foi efetivamente aprovada: em 1863 na Venezuela e em 1864 no México, que reintroduziu-a no presente século para suprimi-la novamente em 1975; em 1865 em San Marino; em 1867 em Portugal, onde no entanto foi reintroduzida pelo regime salazarista e novamente abolida em 1976; em 1870 na Holanda; em 1874 na Suíça, onde alguns cantões reintroduziram-na depois de um referendo em 1979; em 1889 na Costa Rica; em 1882 no Brasil, onde foi reintroduzida pelos militares em 1969 e voltou a ser suprimida em 1979; em 1889 na Itália, onde foi reintroduzida pelo fascismo em 1926, contemplada pelo Código Rocco como “feliz sinal” – diz o relatório do Ministro da Justiça (cit., 4, p. 23) – “da recuperada virilidade e energia do nosso povo”, e definitivamente suprimida depois pela Constituição de 1948; em 1905 na Noruega; em 1907 no Uruguai; 1910 na Colômbia; em 1921 na Suécia e na Argentina, onde foi reintroduzida em 1979 e novamente suprimida em 1984.

⁽¹⁰⁷⁾ Como afirma Thomasius, a pena *invitis accidit*, quando é imposta pela autoridade *inferiori invito* (*Institutiones*, cit., liv. III, cap. VII, par. 6 e 28, p. 411 e 413). A noção da pena como “sofrimento”, ou *malum passionis* ou *positio mali seu dolor* remonta a Aristóteles (*Ética Nicomachea*, cit., X, 10, 1180a, p. 310) e une Grócio, Pufendorf, Thomasius, Hobbes e Locke (notas 13 e 121) e, em geral, a literatura iluminista, à qual sempre foi estranha a idéia platônica da pena como “bem” para o que a recebe, retomada no entanto por Hegel e depois pelo moderno correccionalismo (*infra*, parágrafo 59.4).

⁽¹⁰⁸⁾ O Código Babilônico de Hammurabi, que nasce (mais ou menos) em 2250 a.C. e é o documento legislativo mais antigo que se conhece, dispõe: “196. Se alguém faz perder um olho a outrem, perde o próprio olho; 197. Se alguém quebra um osso de outrem, quebrar-se-lhe-á um osso também; (...) 200. Se alguém quebra os dentes a um semelhante, quebrar-se-lhe-ão os seus; (...) 210. Se alguém bate numa mulher livre e esta morre, matar-se-á a filha daquele” (cit. por V. Manzini, *Il diritto criminale nella più antica legge del mondo*, *Rivista di Diritto Penale*, 1903, p. 662 e ss.).

⁽¹⁰⁹⁾ São análogas as máximas bíblicas “vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé” em *Êxodo*, 21, 24 e em *Deuteronômio*, 19, 21. Nas XII Tábuas o mesmo princípio está expressado no preceito “si quis membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto” (VIII, 2). A doutrina do contrapeso encontra-se, enfim, exposta por Platão, *Le leggi*, 870d e 872e-873b, in *Dialoghi politici*, cit., p. 383-382. O caráter mágico-religioso do talião foi bem ilustrado por H. Spencer, *Principi di sociologia*, cit., p. 296 e ss. e por Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 97 e ss. e 469 e ss., que documentam sua presença nas culturas primitivas atuais.

⁽¹¹⁰⁾ *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4: “Haec est forma divini iudicii, ut secundum quod aliquis fecit, patiat... Ergo videtur quod iustum simpliciter si idem quod contrapassum”.

⁽¹¹¹⁾ I. Kant, ob. cit., p. 521-522: “Somente a lei do talião (*ius talionis*), porém bem compreendida, pode oferecer com segurança a qualidade e quantidade do castigo, no seio do tribunal (não pelo teu juízo privado); todos os demais princípios flutuam de um lado para outro e não podem adequar-se ao ditame da pura e estrita justiça”; G. W. F. Hegel, ob. cit., 101, p. 98: “A eliminação do delito é uma compensação na medida em que, segundo o seu conceito, é lesão de uma lesão e, segundo sua existência, o delito tem uma extensão qualitativa e quantitativa determinada, pelo qual também tem que tê-la a sua negação enquanto existência”; cf. também, *ibidem*, a adição n. 64 e a nota 101, p. 328 e 488-489.

⁽¹¹²⁾ Montesquieu, *De l'esprit*, cit., XII, 4, p. 433. Do mesmo modo C. Beccaria, ob. cit., XIX, p. 49: “Um outro princípio serve admiravelmente para estreitar mais e mais a importante conexão entre o delito e a pena: que seja esta quanto se possa conforme à natureza do mesmo delito. Esta analogia facilita maravilhosamente o choque que deve existir entre os estímulos que impelem ao delito e a repercussão da pena”; A. Genovesi, *Della Diocesi*, cit., t. II, liv. II, cap. XIX, par. 10, p. 180: “Deve-se privar a pessoa de um direito igual àquele que ela violou”; J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., t. I, liv. I, cap. VI, p. 16: “A pena deve ser análoga ao delito, porque se gravará mais facilmente na memória, e se apresentará mais vivamente à imaginação se tem uma semelhança característica com o delito. O talião é admirável quanto a isso... mas é por outro lado uma pena demasiado custosa”; G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 356, p. 105: “A qualidade da pena deve-se equiparar à qualidade do delito, de forma que a idéia do dano social ocasionado pelo delito se relacione no ânimo dos cidadãos com o mal inerente à pena”.

⁽¹¹³⁾ A idéia de uma correspondência qualitativa entre pena e delito ajustava-se não só à concepção retributiva da pena, senão à função neutralizante e ao mesmo tempo estigmatizadora e infamante associada ao caráter indelével das penas corporais: eram assim tanto a marca como as amputações e mutilações, que do mesmo modo serviam para lembrar a culpa e a condenação. Pertile invoca o provérbio *cave signatis* e refere-se aos estatutos que proibiam aos aleijados e aos marcados entrar na cidade, assim como da cautela de quem tinha sofrido uma mutilação por causa lícita de procurar um certificado que o atestasse (ob. cit., p. 256-257). Carrara recorda que os condenados marcados foram também chamados de *homines stigmatici, literati ou integrae frontis*, por consistir a marca na letra inicial do delito cometido ou da pena sofrida; e refere-se ao selo que se manteve em algumas províncias italianas até seu tempo como pena acessória, com o fim de tornar identificável o condenado em caso de fuga ou de reincidência, e consistia nas letras *TF* (*travaux forcés*) impressas nas costas (*Programma*, cit., par. 667, p. 50-51). A marca no lado direito das costas com as letras *TP* para os condenados a trabalhos forçados perpétuos, *T* para os condenados durante um tempo e *F* para os culpados por falsidade encontra-se efetivamente ainda prescrita no art. 20 do Código Penal Napoleônico de 1810, estendido ao

Reino da Itália. À função infamante e intimidatória das penas corporais, como de resto dos suplícios, agregava-se ademais a publicidade da sua execução: “executio poenarum corporalium debet esse publica et in locis publicis fieri et non in carceribus, ut unius exemplo caeteri pertineant et unius poena sit metus multorum” (P. Ghirlandus, *De relaxatione carceratorum tractatus*, rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 3, em *Volumen praeclarissimum omnium tractatum criminalium*, per Ioan. Baptistam Zilletum in lucem proditum, apud Cominum de Tridino Montisferrati, Venetiis 1563, p. 264v).

⁽¹¹⁴⁾ A. Pertile, ob. cit., p. 255-260; P. Del Giudice, ob. cit., p. 519 e ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico*, cit., p. 395-403; G. Diurni, ob. cit., p. 761-765. A amputação da mão foi sem dúvida a pena corporal mais difundida: foi prevista por Rotari contra os responsáveis por falsidade, por Liutprando para a falsificação de documentos, por Carlo Magno para o perjúrio, pelos “estatutos” para uma longa série de delitos de dano e ainda a título de conversão da pena pecuniária e em todos os casos em que não estava especificado o membro a ser amputado. Neste último caso, sententia Farinaccio, o juiz podia no entanto determinar a parte do corpo a ser mutilada conforme a natureza específica do delito cometido: “Poenam amputationis membri, quando a statuto apposita est non expresse membro, (...) intelligatur de poena amputationis manus; verius tamen isto casu debere respici delictum pro quo talis poena imposita sit. Si enim delictum est commisum ambulando, debet intelligi de pede; si loquendo, de lingua; si scribendo, de manu dextera etc.” (*Praxis et theoriae criminalis*, I, 1, apud Georgium Variscum, Venetiis, 1603, questio XIX, n. 25, f. 155v). Um tratamento detalhado dos diversos tipos de mutilações correspondentes às diferentes classes de delito e das soluções convenientes nos casos de dúvida (concurso de delitos, escolha da mão ou do pé a ser amputado, réu dotado de uma só mão ou já mutilado, possíveis comutações e semelhantes) é dado por Alberto da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum in genere et de percussione et de insulto*, em *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II. *Die Theorie*, H. Kantorowicz, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1926.

⁽¹¹⁵⁾ *Principi*, cit., p. 522. É idêntico o argumento de Hegel, que no caso do homicídio não vê a necessidade que pode haver em outros delitos de aplicar a igualdade da retribuição penal por meio da mediação do “valor” de câmbio (troca) (*infra*, nota 138): “Embora para a compensação não seja possível ater-se à igualdade específica, o caso é diferente para o assassinato, ao qual corresponde necessariamente a pena de morte. Com efeito, posto que a vida constitui a extensão total da existência, a pena não pode consistir num valor, pois não há nenhum valor equivalente” (*Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., 64, 101, p. 328). Montesquieu, por seu turno, tinha utilizado o argumento da “natureza das coisas” em apoio à pena de morte, enfocada por ele como uma “espécie de talião” (ob. cit., XII, 4, p. 433-435).

⁽¹¹⁶⁾ *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4.

⁽¹¹⁷⁾ *Principi*, cit., p. 522.

⁽¹¹⁸⁾ *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene*, per ciò che riguarda i delitti politici (1971), in C. Beccaria, *Opere*, Sergio Romagnoli (org.), Sansoni, Firenze, 1958, vol. II, LV, p. 711 (É bom recordar que por “delitos políticos”, em oposição a “delitos criminais”, Beccaria entendia, segundo o uso do seu tempo, as contravenções de polícia). Que igualdade penal e o respeito à pessoa como tal não foi conseguido nem sequer no século das luzes é atestado pelo fato de que o iluminista José II usava os condenados como “bestas de carga”, obrigando os “prisioneiros seminus, com o corpo dentro da água, a arrastar a duras penas os barcos no Danúbio” (B. Constant, *Commento*, cit., cap. XII, p. 607). De resto, foi precisamente Beccaria quem propôs – “como freio mais forte contra os delitos” o mesmo “espêtáculo momentâneo, embora terrível, da morte” – o “longo e dilatado exemplo de um homem que, transformado em besta de serviço e privado da liberdade, recompensa com suas fátigas a sociedade que ofendeu” (*Dei delitti e delle pene*, cit., XXVIII, p. 63-64). Sobre a idéia da desigualdade penal entre homens e mulheres, entre cidadãos e forasteiros, entre livres e escravos, entre nobres e plebeus, entre clérigos e laicos e sobre seu profundo enraizamento na cultura moderna, cf. A. Pertile, ob. cit., p. 407-421. Cf. também, *infra*, a nota 158 do capítulo 8.

⁽¹¹⁹⁾ D. Diderot, *Châtiment*, *Encyclopédie*, cit., III, 1771, p. 235: “Como não existe nenhuma relação entre a dor do castigo e da pena e a malícia da ação, é evidente que a distribuição das penas e dos castigos, segundo a enormidade mais ou menos grande das infrações, tem algo de arbitrário”.

⁽¹²⁰⁾ G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. I, p. 499; F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., cap. I, p. 9. Do mesmo modo A. Genovesi, ob. cit., liv. I, cap. XIX, par. 7, p. 175: “a essência da pena radica em privar uma pessoa, ou um povo, de um direito”.

⁽¹²¹⁾ “O Estado é, a meu ver, uma sociedade de homens constituída somente para procurar preservar e fazer avançar seus próprios interesses de índole civil. Estimo, ademais, que os interesses civis são a vida, a liberdade, a saúde, o descanso do corpo e a posse de coisas externas, tais como o dinheiro, terras, casas, móveis e outras semelhantes. O dever do magistrado civil consiste em assegurar, mediante a execução imparcial de leis justas para todo o povo, em geral, e a cada um dos seus súditos, em particular, a justa posse destas coisas... Se alguém pretende violar as leis da equidade e a justiça pública que têm sido estabelecidas para a preservação dessas coisas, sua pretensão se verá obstaculizada pelo medo ao castigo, que consiste na privação ou diminuição desses interesses civis ou objetos que, normalmente, teria a possibilidade e o direito de desfrutar” (J. Locke, *Lettera sulla tolleranza*, *Scritti*, cit., p. 135). “Toda punição é sempre um mal, um incômodo, um sofrimento que se realiza subtraindo ou diminuindo algum bem, a que, de outra forma, o punido teria direito” (idem, *Seconda lettera sulla tolleranza*, p. 243).

⁽¹²²⁾ A polêmica contra os suplícios – conforme o princípio, já expressado por Montaigne, de que “na justiça tudo que vai além da morte simples” é “pura crueldade” (*Essais*, loc. ult. cit.) – e ao mesmo tempo contra o uso imoderado da pena capital une toda a literatura iluminista, compreendida a favorável à conservação da pena de morte: cf. Montesquieu, ob. cit., cap. VI, IX-XVI, p. 318-328; W. Blackstone, ob. cit., p. 554 e 558; Voltaire, *Commentario*, cit., II, p. 608-609; idem, *Prix*, cit., arts. I-II, p. 534 e ss., e XXVI, p. 584; L. de Jaucourt, *Supplice*, *Encyclopédie des sciences*, cit., t. XV, p. 647-648; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XXX, p. 512-515; Condorcet, loc. ult. cit.; J. Bentham, ob. cit., cap. XIII, p. 65-67; B. Constant, *Corso*, cit., Sviluppo, XII-XIII, p. 197-202; idem, *Commento*, cit., XI, p. 603. Mais recente é a rejeição do caráter público e espetacular da execução. Filangieri, por exemplo, depois de ter reservado a pena de morte somente para os delitos de homicídio e de traição, augurou que “limitada só a estes casos o uso desta pena, acompanhe sua execução todo o aparelho que possa torná-la mais terrível aos olhos do povo” (ob. cit., p. 514). A publicidade da execução encontra-se assim estabelecida no art. 13 do Código Napoleônico de 1810, que ademais conserva para o parricídio o suplício *préalable* da amputação da mão direita; no art. 5.º do Código Penal de 1819 para o Reino das Duas Sicílias, que no art. 6.º previa também uma forma de berlina (“transporte do condenado ao lugar da execução com os pés nus, vestido de preto, com véu preto que lhe cubra o rosto, e arrastado sobre uma tábua com pequenas rodas embaixo, e com um cartaz no peito no qual esteja escrito com letras maiúsculas: o homem ímpio”); no art. 377 do Código piemontês de 1839 e no art. 533 do sardo de 1859, depois estendido à Itália, que para o parricídio dispunha que o condenado fosse “conduzido ao lugar do patíbulo com os pés nus e a cabeça coberta com um véu preto”. Só entre a segunda metade do século XIX e o começo do XX a publicidade foi progressivamente eliminada. E segundo Carrara isso se deveu não tanto a motivações humanitárias como sobretudo à “vergonha” da pena capital “à vista do povo” e do temor ao “mau exemplo que os governos davam ao povo ao incitá-lo ao desprezo da vida humana” (*Programma*, cit., II, p. 45-47).

⁽¹²³⁾ Segundo a descrição dada por Sallustio, encontrava-se a quatro metros embaixo da terra, amuralhada por todos os lados e coberta por uma abóbada de pedra (*De coniuratione catilinae*, cit.). Dela falam também M. T. Varrón, *De lingua latina*, IV, 32 e T. Lívio, *Ab urbe condita libri*, XXXII, 26. De uma “prisão pública (não sua casa ou qualquer outro lugar)”, onde qualquer um podia, em Atenas, levar o homicida rebelde, fala também Demóstenes, *Orazione contro Aristocrate*, 80.

⁽¹²⁴⁾ D. 48.19.8.4-10; 48.19.28.6-11; 48.19.38. Ambas as penas, aplicadas umas aos *humiliores* e outras aos *honestiores* (D. 48.19.38.5), comportavam a *capitis diminutio*, da mesma forma que a antiga *aqua et igni interdictio*, às quais sucederam na época imperial. Ademais de capitais, aquelas eram também perpétuas: um mandato de Adriano, com efeito, dispunha: “in opus metalli ad tempus nemo damnari debet” (D. 48.19.28.6). Ademais o envio *ad metalla* era habitualmente precedido da flagelação, a marca e às vezes a mutilação de um olho ou do tendão de um pé.

⁽¹²⁵⁾ D. 48.19.28.1. Tanto na *relegatio* perpétua como na temporal distinguiam-se dois graus: a *relegatio simplex*, que consistia, como o atual *foglio di via obbligatorio*, no afastamento de uma determinada localidade, e a qualificada, que correspondia ao moderno confinamento numa determinada localidade (C. Ferrini, *Esposizione*, cit., p. 156-157). Uma forma de confinamento era por outro lado também o internamento do homicida involuntário nas “cidades de asilo” de que fala a Bíblia (*Números*, 35, 22-25).

⁽¹²⁶⁾ Cl. 9.4.6 e Cl. 9.4.5.1-2.

⁽¹²⁷⁾D. 48.19.8.9-10. Estava em qualquer caso proibida, por um mandato de Adriano, a cadeia perpétua (D. 48.19.35; Cf. 9.47.6). Justiniano proibiu ademais toda forma de cárcere para as mulheres, prevendo para elas a possibilidade de cauções, salvo os casos de *gravissimum crimen*, nos quais podiam ser encerradas num *monasterium* (Nov. 134.9); mas estabeleceu também o mosteiro perpétuo para a mulher adúltera, salvo a faculdade do marido de retomá-la depois de dois anos (Nov. 117.13 e Nov. 134.10). Foi também uma previsão em favor das mulheres o adiamento da pena para depois do parto em caso de gravidez (D. 48.19.3: “Praegnantis mulieris consummatae damnatae poena differtur quod pariat”). Os mesmos princípios encontram-se repetidos na época intermédia: P. Ghirlandus, *De relaxatione*, cit., rubr. De *fideiussoribus reorum*, n. 2-3, p. 272v: “mulier honesta in causis criminalibus, si crimen sit leve, vel de non atrocioribus, non debet personaliter detineri, neque incarcerari, sed fideiussoribus relaxari... Si autem crimen esset de atrocioribus, tunc non incarceratur apud viros, sed intruditur in monasterium [...] mulieres vero impudicae et inhonestae non habent istud privilegium”; Andrea D’Isernia, *Commenta ad utriusque Siciliae constitutiones*, Venetiis, 1590, p. 571: “Mulier si est pregnans et est damnanda propter delictum, differtur iudicium post 40 dies postquam peperit”. Sobre o conjunto das penas privativas de liberdade no direito romano, cf. Th. Mommsen, ob. cit., p. 287-329. Sobre a prisão provisória em Roma, cf. a nota 28 do capítulo 9.

⁽¹²⁸⁾Cf. G. Crivellari, ob. cit., p. 21; A. Bernabò Silorata, Case penali, *Digesto Italiano*, cit., VI, parte II, p. 308-316; P. Del Giudice, ob. cit., p. 524-529; C. Calisse, ob. cit., p. 403-410. A construção de cadeias subterrâneas, como lugares de custódia das pessoas que esperavam o julgamento e também de cumprimento de pena como alternativa para as multas não pagas, foi prescrita já na Alta Idade Média por Liutprando aos juizes e por Carlos Magno aos condes; e tornou-se usual nos castelos feudais e depois nas cidades. Sempre foram (as masmorras) lugares horríveis e insalubres, onde o preso ficava sem ar e sem luz, às vezes em solidão e acorrentado, mal alimentado e à mercê de mil abusos e humilhações: como os tristemente famosos “poços” de Frederico I, os “fornos” dos Visconti em Monza, onde os presos não podiam permanecer de pé, as *stinche* de Florença, as *segrete* da “maremma” romana, os *dammusi* da Sicília, os *piombi* de Veneza e, enfim, as *gabbie*, nas quais trancavam-se os condenados deixando-os expostos ao sol e às intempéries. Cf. A. Pertile, ob. cit., p. 278-299, que documenta a progressiva piora das cadeias na Baixa Idade Média e depois no início da Idade Moderna, até as tentativas de conter os seus horrores por parte dos soberanos iluministas do século XVIII. Sobre as espantosas condições dos reclusos e em particular dos detidos à espera de julgamento, recorde-se a apaixonada denúncia de G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. VI, p. 369: “Legisladores da Europa... Abandonai por um momento vossos prazeres, e mudai para as cadeias onde jazem e se consomem muitos milhares de vossos súditos pelos vícios de vossas leis e pela negligência de vossos ministros. Estendei a vista sobre esses tristes monumentos das misérias dos homens e da crueldade dos que os governam. Aproximai-vos dessas paredes espantosas, onde a liberdade do homem está rodeada de cadeias, e a inocência confundida com o crime... Aproximai-vos do espectro que as habita. Fazei que uma luz permita a vossos olhos ver a palidez mortal que se vê no seu semblante, as chagas de que está recoberto seu corpo, os insetos imundos que o devoram, aqueles farrapos com os quais está meio coberto, aquela palha podre que talvez tenha substituído uma macia cama...”.

⁽¹²⁹⁾Cf. G. Crivellari, ob. cit., p. 182-186; A. Pertile, ob. cit., p. 279; I. Schiappoli, *Diritto penale canonico*, in E. Pessina, *Enciclopedia*, cit., I, p. 624-625; C. Calisse, ob. cit., p. 406-407; G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Cino, Pistoia, 1855, I, p. 97 e ss. Na Inglaterra do século XVII a prisão era aplicada sobretudo aos devedores insolventes. Donald Veall refere-se a um cálculo feito por William Leach em 1651, segundo o qual o número de presos, sobretudo por dívidas, na Inglaterra, em Gales e na Irlanda, era entre 12 e 20 mil (ob. cit., p. 12 e ss). Mas a prática inglesa, depois holandesa e alemã, do encarceramento – sob a forma de galeras, casas de trabalhos e de correção – foi, no seu início, mais do que uma técnica punitiva, um meio de controle social e de exploração reservado a vagabundos e subproletários urbanos tirados do campo pela revolução industrial: recorde-se a proposta de internamento de vagabundos de Moro e a subsequente criação das primeiras casas de trabalho (nota 119, V); e, ademais, a proposta da pena de trabalhos forçados com fins de correção para “os ociosos e mendigos” contida no *Piano della legge della libertà*, p. 323 e 355, de Gerrard Winstanley. Sobre a origem capitalista da pena privativa de liberdade, cf. G. Rusche e O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 43-186; D. Melossi e M. Pavarini, ob. cit.

⁽¹³⁰⁾ Tanto a prisão perpétua quanto a deportação, a galera e os trabalhos forçados perpétuos foram considerados por muitos escritores iluministas, por causa das horrendas condições de vida, ainda mais terríveis que a pena capital: cf. C. Beccaria, ob. cit., XXVIII, p. 63-67; J. Bentham, ob., cit., liv. II, cap. XIV, par. 4, p. 73; B. Constant, *Commento*, cit., cap. XII, p. 607. O horror produzido por essas penas foi tal que na França a Assembléia Constituinte, embora tenha mantido a pena capital, proibiu as penas perpétuas; de forma que no Código Penal de 28 de setembro de 1791 a pena mais grave, depois da pena de morte, foi a de 24 anos de prisão. Foi, de resto, com o argumento abertamente anti-humanitário do seu caráter (vejam-se as *Observations* de Target ao projeto de código citadas por G. Crivellari, ob. cit., p. 189), que se introduziu no Código Penal francês de 1810 a pena de trabalhos forçados perpétuos, que substituiu a de “prisão” por 24 anos prevista no Código de 1791, conservando-se, entretanto, todos os seus caracteres aflitivos. Os condenados a trabalhos forçados perpétuos, com efeito, estabeleceu o art. 15, “arrastarão com seus pés uma bola, ou serão atados de dois em dois com uma corrente”: que é a mesma pena prevista no art. 8 do Código borbônico de 1819 e ainda no art. 16 do Código sardo de 1859, estendido depois à Itália, que também previa para referidos condenados “a corrente nos pés”. Pense-se, para compreender até que ponto os trabalhos forçados perpétuos equivaliam à “mais dolorosa e mais longa das mortes”, no arrastamento das barcas pelo Danúbio por parte dos homens – “bestas de carga” em tempos de José II, contra cuja “falsa aparência de filantropia” pronunciou-se Benjamin Constant (loc. cit.) e por causa do qual “de 1.173 condenados desde 1784 a 1789, em 1790 restavam com vida apenas 452” (F. Cordero, *Criminalia*, cit., p. 540). Por outro lado, não era imaginável como pena “o trabalho moderado transformado em castigo”, que segundo o mesmo Constant teria sido “um perigoso exemplo”: “a organização das nossas sociedades atuais obriga uma classe muito numerosa a trabalhos muito freqüentemente superiores às forças humanas. Muito imprudente seria mostrar que, sem ter tido culpa ou cometido delito algum, aquela (classe numerosa) encontra-se numa situação equivalente ao castigo das mais vergonhosas desordens e das ações mais criminais. Em muitas regiões da Alemanha e da Suíça os condenados a trabalhos públicos são tratados de maneira suave... Não deve um espetáculo semelhante corromper a classe trabalhadora, cuja inocência não serve mais do que para tornar sua existência não menos penosa e mais incerta?” (ob. cit., p. 607-608).

⁽¹³¹⁾ A primeira campanha humanitária para a reforma das prisões foi promovida pelo inglês John Howard, ao qual deve-se também o primeiro informe sobre o estado das prisões na Europa, *The state of the prisons in England and Wales, with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals*, W. Eyres, Warrington, 1777. As primeiras experiências carcerárias modernas foram no entanto realizadas nos Estados Unidos, as quais deram origem a três diversos sistemas: o sistema filadélfico, o sistema de auburn e o sistema irlandês. O primeiro sistema, chamado também de celular ou pensilvânico por ter sido experimentado na Pensilvânia em 1681, consistia no isolamento diurno e noturno dos condenados (*solitary confinement* ou *separate system*), de acordo com o modelo arquitetônico do *Panopticon* que seria teorizado por Bentham (*supra*, nota 165, cap. V): foi propugnado por John Howard na Inglaterra, onde com um Atto de George III, de 1776, foi instituída em Gloucester a que habitualmente considera-se a primeira casa de detenção baseada no isolamento individual (mais exatamente dez anos antes – lembra Carlo Cattaneo, *Della pena*, cit., p. 188-189 – tinha-se aberto em Milão uma Casa de Correção com 140 celas separadas, das quais 25 eram para mulheres e 20 para os rapazes); e serviu de modelo, graças à ação da “Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons”, fundada por benfeitores quáqueres em 1786, às primeiras penitenciárias americanas, instituídas, além de na Filadélfia, em Maryland, Maine, Massachusetts, New Jersey e Virgínia. O segundo sistema, que leva o nome da prisão da cidade de Auburn, no estado de New York, consistia no isolamento celular dos condenados durante a noite e no trabalho em comum durante o dia, acompanhado da obrigação de silêncio sancionada com castigos corporais (*silent system*); e foi adotado primeiro em Auburn desde 1820, e depois na prisão de Sing Sing como alternativa ao sistema celular puro de tipo filadélfico, que tinha se revelado excessivamente rígido e fonte de loucuras. O terceiro sistema, enfim, conhecido como irlandês, progressivo ou misto, é um sistema complexo, articulado em várias fases: primeiro, um breve período de segregação permanente, depois um período de trabalho comum com isolamento somente noturno e, por último, uma fase de liberdade condicional; e foi experimentado em 1875 na Irlanda e difundido, depois de 1864, em toda a Inglaterra, em alguns estados americanos, como o de Virgínia, e em outros países europeus, como a Itália (onde o art. 12 do Código Zanardelli de 1889 estabelecia que o condenado a prisão perpétua “permanecerá durante os primeiros sete anos em

segregação celular permanente, com obrigação de trabalho” e “nos sucessivos anos será admitido ao trabalho junto a outros condenados com obrigação de silêncio”). Os primeiros dois sistemas foram descritos no informe de G. de Beaumont e A. de Tocqueville, *Le système pénitentiaire aux États-Unis et son application en France*, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques (1833), in A. Tocqueville, *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'Étranger*, 2 vols., em *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1984, t. IV, I, p. 81-450. Sobre o debate desenvolvido na França durante a primeira metade do século passado, cf. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 255 e ss. Sobre o debate em torno dos três sistemas no Parlamento italiano entre 1862 e 1889, cf. G. Crivellari, ob. cit., p. 189-428.

⁽¹³²⁾ Sobre a história da prisão moderna leve-se em conta, ademais dos escritos citados nas notas anteriores, E. Pessina, *Teoremi giuridici intorno la scienza delle prigioni* (1862), em apêndice a *Elementi di diritto penale*, cit., II, p. 157-208, com uma ampla e preciosa *Bibliografia della scienza delle prigioni* a partir de 1775 (p. 202-208); M. Beltrani Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Tip. Favale, Torino, 1868; S. Biffi, *Sulle antiche carceri di Milano e del ducato milanese e sui sodalizi che vi assistevano i prigionieri ed i condannati a morte*, Tip. Bernardoni, Milano, 1884; R. de Notaristefani, Penitenziari (Sistemi), *Digesto Italiano*, cit., XVIII/2, 1906, p. 10-94; U. Conti, La pena e il sistema penale del codice italiano, in E. Pessina, *Enciclopedia*, cit., IV, 1910, p. 88 e ss. e 198 e ss.; G. Novelli, Penitenziari. Sistemi, *Enciclopedia Italiana*, Treccani, Roma, 1935, XXVI, p. 672-678; M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique* (1961), trad. de F. Ferruci, *Storia della follia*, Rizzoli, Milano, 1963, p. 88 e ss.; idem, *Sorvegliare e punire*, cit.; G. Neppi Modona, Carcere e società civile, *Storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 1973, V/2, p. 1906-2001; M. Ignatieff, *A just measure of pain* (1988), trad. it. di G. P. Garavaglia, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese. 1750-1850*, Mondadori, Milano, 1982; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980.

⁽¹³³⁾ Segundo Labeone (4 pithanon a Paulo epitomatorum), “si qua poena est, multa est; si qua multa est, poena est” (D. 50.16.244). Sobre o significado de “poena” veja-se Th. Mommsen, ob. cit., III, p. 232 e ss. Sobre a *poine* grega (cujo pagamento por um homicídio está representado numa cena do escudo de Aquiles) e sobre seu caráter alternativo à vingança e ao exílio, cf. E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., p. 231-237; idem, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 17 e ss. No direito hebreu, ao contrário, a composição pecuniária para o homicídio estava proibida (*Números*, 35, 31-32: “Não aceitareis resgate pela vida do homicida que deve ser condenado a morte: deverá ser morto. Tampouco aceitareis pagamento de resgate para deixar sair o refugiado da sua cidade de asilo e habitar em sua terra antes da morte do sumo sacerdote”).

⁽¹³⁴⁾ Cf., *supra*, as notas 84 e 123. Amplas referências históricas e comparadas sobre a interdição penal dos ofícios públicos e do cumprimento de determinados atos jurídicos encontram-se em R. De Notaristefani, Interdizione penale, *Digesto Italiano*, cit., vol. XIII, 1902, p. 1410-1429. Sobre as penas privativas de direitos no direito romano, veja-se Th. Mommsen, ob. cit., p. 336-357.

⁽¹³⁵⁾ Cf. T. Mommsen, ob. cit., III, p. 366-388; C. Ferrini, ob. cit., p. 143-145 e 160-162; U. Conti, ob. cit., p. 445 e ss.; G. Pugliese, ob. cit., p. 261.

⁽¹³⁶⁾ Sobre as composições patrimoniais na Idade Média germânica – o *guidrigildo* (wehrgeld ou widrigilt) pago pelo ofensor aos parentes do ofendido pelo homicídio de um homem livre, a *compositio* do mesmo modo paga à parte ofendida pelo homicídio de um servo ou de um “aldo” ou por outros delitos, a *mulcta* e o *fredum* (o preço da paz) oferecidos pelo contrário ao príncipe ou ao fisco pela proteção combinada ao ofensor frente à vingança da parte ofendida – vejam-se: A. Pertile, ob. cit., p. 190-228; P. Del Giudice, ob. cit., p. 529-543; C. Calisse, ob. cit., p. 323-382; G. Rusche e O. Kirchheimer, ob. cit., p. 49-53; G. Diurni, ob. cit.; idem, Pena privada (diritto intermedio), *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXII, 1982, p. 739-752. O decreto de Rotario, por exemplo, continha uma completa tarifa dos valores dos bens ofendidos, onde para cada lesão estabelecia-se uma determinada quantia que variava em relação ao tipo de delito, ao membro ou parte do corpo lesionada e, ademais, à condição social do réu e da parte ofendida, à lei à qual o primeiro estava pessoalmente sujeito, à sua idade, às suas eventuais funções públicas, à sua atividade econômica etc. Cabe recordar a mesma coisa do decreto de Liutprando, da lei sálica, das leis saxãs e da dos burgúndios: segundo esta última, por exemplo, um dente tem mais valor quanto mais visível resulta ao sorrir, a lesão no olho e na orelha valoriza-se segundo o dano estético e o grau de diminuição da vista e do ouvido, o tapa paga-se o dobro que um soco, puxar um homem pelos cabelos com as duas mãos comporta uma indenização superior à devida quan-

do puxam-se os cabelos com uma só mão, o valor de um cavalo roubado equivale ao de uma cabra ou um cachorro pastor, enquanto é maior o de uma vaca e mais alto que nenhum o de um cachorro de caça ou um falcão (*lex burgundica*, V, 7 e II, cit. por F. Carfora, *Pena*, cit., p. 1443). Inclusive, uma lei bávara estabelecia que a vida de um arcebispo fosse valorada segundo o volume da sua pessoa, devendo consistir no peso em ouro de uma túnica de chumbo capaz de envolver seu corpo (P. Canciani, *Barbarorum leges antiquae cum notis et glossariis*, apud *Sebastianum Coletium et Franciscum Pitte-rium*, Venetiis, 1792, tit. II, p. 361). O aspecto grave do mecanismo era que a insolvência do réu levava consigo uma *coercitionem extraordinariam* privativa de liberdade ou corporal (Ulpiano, 8 *disputationum*, D. 48.19.1.3), em virtude do princípio, que será teorizado por Farinacio, “quod non habens in bonis, luat in corpus” (*Praxis*, cit., quaestio XVIII, n. 57, f. 148v): uma barbárie da qual são resíduos a conversão das penas pecuniárias em penas privativas de liberdade (*infra*, n. 44.5) e, por outro lado, o instituto anglo-saxônico da fiança como condição para a liberdade, que, ademais, remonta diretamente aos direitos romano e da Alta Idade Média (nota 28, capítulo 9).

⁽¹³⁷⁾ Th. Mommsen, ob. cit., p. 358-365; C. Ferrini, ob. cit., p. 160 e ss.; D. Schiappoli, ob. cit., p. 828-829; C. Calisse, ob. cit., p. 365-382; A. Pertile, ob. cit., p. 228-248. Foi abolida como pena pelo Código Leopoldino de 1786 e depois por muitos outros códigos do século XIX, enquanto conservaram-na os Códigos francês e italiano de 1810, o regulamento pontifício de 1832 e o estense de 1856. O principal argumento contra ela foi que, sobretudo quando está associada à pena de morte, transforma-se numa pena por fatos alheios a cargo dos familiares e dos herdeiros, em contraste com a garantia da responsabilidade pessoal: cf. C. Beccaria, ob. cit., XXV, p. 55-56; G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 339, p. 99; Pell. Rossi, ob. cit., liv. III, cap. XII, p. 424-426; F. Carrara, ob. cit., par. 690, p. 74-77. Favorável foi, ao contrário, G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XLVI, p. 630-634.

⁽¹³⁸⁾ *Lineamenti*, cit., par. 101, p. 99; *ibidem*, p. 98: “Esta identidade baseada no conceito não é contudo uma igualdade da natureza específica da lesão, senão da existente em si, quer dizer, segundo seu valor”. Quanto à concepção do dinheiro como “medida” ou “intermediário” geral que “tudo mede”, remonta-se a Aristóteles (*Ética Nicomachea*, cit., V, 5, 1133a-b, p. 137 e ss.; *idem*, *Grande ética*, cit., I, 33, 1194a, p. 36-37). É inteiramente moderna a idéia de que tal função possa ser desenvolvida, para fins penais, pelo tempo de liberdade. Uma teorização explícita deste papel do “tempo” como equivalente geral foi desenvolvida pelo kantiano Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, segundo o qual a duração da pena deveria equivaler ao tempo de que precisa um operário para ganhar uma soma semelhante à do dano produzido pelo delito (*Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts*, 1805, Sommer, Leipzig, 1805, par. 42 e 44; *idem*, *Strafgesetzbuchsentwurf*, Osswald, Heidelberg, 1826, Prefácio). Tese semelhante foi sustentada por Beccaria em matéria de conversão da pena pecuniária (*infra*, nota 187).

⁽¹³⁹⁾ E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto*, cit., p. 217 e ss. A caracterização da pena como “preço” do delito já tinha sido proposta metaforicamente por R. Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 346-347, e também por F. Carrara, ob. cit., II, par. 696, p. 85: “A pena não é senão uma troca de valores, é a moeda com a qual se paga o delito”. De resto, a idéia da justiça penal como justiça comutativa remonta a Aristóteles, que chamou o delito de “sinalagma” involuntário (*Ética Nicomachea*, cit., V, 2, 1131a, p. 130) e, depois, a Santo Tomás, que concebeu a pena como uma contraprestação ou contrapeso (*supra*, nota 110).

⁽¹⁴⁰⁾ Já Vico tinha observado: “a elegante denominação dada em suas *Éticas* por Aristóteles aos delitos, chamando-os de ‘contratos involuntários’, não deve de nenhuma forma fazer pensar que o direito de punir corresponda à justiça distributiva. Já que neste caso é um modo impróprio de falar ‘que os réus devam pagar, cumprir as penas’, como se com não cumpri-las, apropriariam-se de algo alheio, e se, pelo contrário, submetendo-se o réu ao merecido castigo, a parte ofendida recuperasse o que é seu, aquilo de que a tem privado o delito” (*De uno universi iuris*, cit., LXIII, p. 76-78).

⁽¹⁴¹⁾ P. Canciani, loc. cit. em nota 136.

⁽¹⁴²⁾ E. B. Pasukanis, ob. cit., p. 214-238.

⁽¹⁴³⁾ Recordem-se as passagens de Beccaria, Montesquieu, Bentham, Romagnosi e Carmignani, citadas nos parágrafos 20.2 e 24.1. Bentham, em particular, chamou de “econômica” à pena mínima necessária: “Chamaremos pois a uma pena de econômica quando produz o efeito desejado com o menor sofrimento possível; e diremos que é demasiado custosa quando causa um mal maior que o correspondente ao bem, ou quando se poderia obtê-lo com uma pena inferior, e por isso é um ato de prodigalidade” (*Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. IV, p. 11).

⁽¹⁴⁴⁾ Para além das passagens referidas na nota precedente e na nota 122, cf. J.-J. Rousseau, *Économie politique* (1755), trad. it. de B. Gentile, Discorso sull'economia politica, em *Opere*, cit., p. 104; C. Beccaria, ob. cit., 27, cap. XXVII, p. 59-61; K. Hommel, ob. cit., p. 599-600; T. Paine, *Droits de l'homme*, Paris, 2.^a ed., Dufort, Paris, 1793, t. I, p. 50 e ss.; W. Godwin, *Enquiry concerning political justice*, cit., vol. II, p. 154 e ss.; F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., XII-XVI, p. 36, 42, 46 e 48. Uma campanha pela moderação das penas e em particular pela abolição da pena de morte para o furto (já propugnada por Thomas More) foi promovida na Inglaterra pelo movimento dos *levellers*, e em particular por Tomlinson, Winstanley, Overton e Childley (cf. D. Veall, ob. cit., p. 127-131). Kant, ao contrário, recomendou, ademais do talião, os trabalhos forçados temporários ou inclusive perpétuos para o furto e, com caráter de inderrogabilidade, a morte para o homicídio (ob. cit., p. 521-524).

⁽¹⁴⁵⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XX, p. 50.

⁽¹⁴⁶⁾ N. Nobbio, *Il dibattito attuale*, cit., p. 28-29.

⁽¹⁴⁷⁾ “Por somente dois motivos”, afirma Beccaria, “pode-se achar necessária a morte de um cidadão. O primeiro é quando, ainda privado de liberdade, tenha tais relações e tal poder que interesse à segurança da nação; quando sua existência possa produzir uma revolução perigosa na forma de governo estabelecida”; ademais, quando “a sua morte fosse o verdadeiro e único freio que contivesse os outros, e os desestimulasse de cometer delitos: esse é o segundo motivo porque pode-se achar justa e necessária a morte de um cidadão” (ob. cit., XXVIII, p. 62-63). Não se trata, em suma, como assinalou Carlo Cattaneo, de uma rejeição incondicional da pena capital (*Della pena di morte*, cit., p. 191-192 e 199). A esta interpretação do pensamento de Beccaria tem-se oposto Mario A. Cattaneo, para quem a primeira das duas exceções formuladas no texto citado, na realidade, resulta somente admitida para o “tempo da anarquia”, quando matar não é propriamente uma pena senão antes bem um ato “de guerra” ou “de hostilidade” no sentido de Hobbes (*Leviatano*, XXVIII, p. 261); e a segunda é uma hipótese duvidosa (“de escola”), porque Beccaria demonstra pouco depois a ineficácia preventiva da pena de morte (Morale e política nel dibattito dell'illuminismo, *La pena di morte nel mondo*, cit., p. 117 e ss.). O que vale, no entanto, é que, em princípio, para Beccaria, o argumento utilitarista torna justificável a pena de morte nessas duas hipóteses. Por outro lado, que pelo menos a primeira delas não era “de escola” (hipotética) prova-o o fato de que, no relatório da minoria ao projeto de Código Penal lombardo subscrito por Beccaria em 1792 (junto a Francesco Gallarati Scotti e a Paolo Risi), a pena de morte era excluída “salvo no caso de uma positiva necessidade”, como é o “de um réu que tramando a subversão do Estado, embora preso ou zelosamente custodiado, estivesse ainda por suas relações externas ou internas em situação de perturbar novamente a sociedade e colocá-la em perigo”; ao que acrescenta-se que “todos, no entanto, concordamos com o sentimento de que, em caso de subversões abertas, tumultos e motins, estes podem ser reprimidos momentaneamente inclusive com a morte dos rebeldes que oponham resistência, já que esta não é uma pena legal de morte, senão o efeito de uma verdadeira incitação à guerra” (Voto degli infrascritti individui della giunta delegata per la riforma del sistema criminale nella Lombardia austriaca riguardante la pena di morte, in C. Beccaria, *Opere*, cit., vol. II, LIX, p. 736). De resto, já em janeiro de 1765, na *Risposta* a um escrito de Fernando Facchinei que tinha atacado as idéias de Beccaria sobre a pena de morte, Alessandro e Pietro Verri tinham protestado assim: “Se eu estabeleço duas classes universais de delinquentes, contra os quais ‘é justa e necessária’ a pena de morte, como poderia dizer o acusador que eu nego ao soberano a potestade de impor a pena de morte” (em apêndice a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 181).

⁽¹⁴⁸⁾ *Théorie des peines*, cit., liv. II, cap. XIV, 4, p. 72 e ss. A este respeito vale a pena recordar a cínica argumentação utilitarista de Bentham contra as penas corporais de mutilação: “Contra as mutilações há um grande argumento de perfil econômico. Se seu efeito é o de privar o indivíduo dos meios de ganhar a vida e que não tenha com que subsistir, a consequência é a necessidade de deixá-lo perecer, ou de mantê-lo. Se o se deixa perecer é uma pena capital, não decretada pelo legislador. Se as se mantêm, há de ser à custa dos seus amigos, ou dos estabelecimentos de caridade, ou às expensas do público; e em todos estes casos é uma perda para o Estado. Esta só consideração basta para reprovar a aplicação destas penas a delitos frequentes, como o roubo e o contrabando” (ibidem, cap. II, par. 3.^o, p. 34). Bentham manifestou-se também em favor da “marca”, a que recomendou se desse uma forma “que anuncie claramente a natureza do fato e que não possa ser confundida com cicatrizes ou marcas aciden-

tais: uma figura determinada, ou melhor, a letra inicial do delito” (ibidem). Também Filangieri tinha-se pronunciado, com motivações utilitaristas, em favor da manutenção das “penas infamantes” (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXXI, p. 515-524), que por outro lado não tinham sido excluídas nem sequer por Beccaria (ob. cit., XXIII, p. 53) e figuravam ainda no Código Napoleônico de 1810 (art. 8). Vejam-se, ao contrário, as duras críticas a Filangieri de F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 687, p. 67-69, que rejeita com firmeza qualquer gênero de pena infamante, como antes dele tinham-no feito Morelly e F. F. Pagano (*infra*, 36,3).

⁽¹⁴⁹⁾ *Programma. Parte generale*, cit., vol. II, p. 10.

⁽¹⁵⁰⁾ A exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito já tinha sido expressada por Platão, *Le leggi*, cit., IX, 857b, p. 362-363: “Não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atenderemos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo variados, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?”. O princípio foi contemplado na Magna Carta de 1215, que nos itens 20 e 21 fala de “proporção” entre pena e transgressão. E foi reformulado na época intermediária por Andrea D’Isernia, *Commentaria*, cit., p. 291: “poena debet proportionari delicto”.

⁽¹⁵¹⁾ *Dei delitti e della pene*, cit., VI, p. 20. Cf. também Ch. Montesquieu, ob. cit., liv. VI, cap. XVI, p. 327-328, e liv. XII, cap. IV, p. 433-435; idem, *Lettres persanes*, cit., XCV e CII, p. 270 e ss. e 281 e ss.; D. Diderot, *Châtiment*, cit.; Voltaire, *Commentario*, cit., XV, p. 631 e ss., e XVIII, p. 638; W. Blackstone, ob. cit., p. 557-560; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. I, n. 17 e 19, p. 501, e XXXIX-XL, p. 586 e ss.; A. Feuerbach, *Revision*, cit., II, p. 213; J. Bentham, *Théorie*, cit., liv. I, V, p. 12-15; idem, *Principes du code pénal*, cit., parte III, cap. II, p. 156-157; G. Humboldt, *Saggio*, cit., p. 126, 128 e 136.

⁽¹⁵²⁾ O princípio da proporcionalidade será incluído também no art. 16 da Constituição francesa de 1793 e no art. 12 da de 1795, que requerem que as penas sejam “proporcionais ao delito”. Mesmo antes tinha sido incluído nas Constituições do rei de Sardenha de 1723 e de 1729, nas quais se estabelecia que “na fixação” das penas “se observará uma justa e adequada proporção à quantidade dos delitos”.

⁽¹⁵³⁾ *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. V, p. 12: “Uma máxima excelente, sem dúvida, mas mais edificante do que instrutiva”. No mesmo sentido, cf. H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 188 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ A impossibilidade de comensurar a pena com o delito já tinha sido sustentada por W. Godwin, ob. cit., vol. II, p. 166: “Delinquency and punishment are, in all cases, incommensurable”. Cf. também F. Carrara, ob. cit., que rejeita como “nebulosa” a idéia aritmética da proporcionalidade da pena e da “estimação” do delito. Mas a crítica mais aguda contra tal idéia foi desenvolvida por G. Bovio, *Saggio critico del diritto penale* (1872), Sonzogno, Milano, 1912, III-VI, p. 21-41, que tenta demonstrar analiticamente o caráter ilusório de todo cálculo dirigido a estabelecer uma proporção entre a entidade da pena e a entidade do delito.

⁽¹⁵⁵⁾ *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, p. 1-7.

⁽¹⁵⁶⁾ O interesse da doutrina atual pelo problema das opções do legislador não vai além da questão da relação entre discricionariedade legislativa e discricionariedade judicial. Cf., por exemplo, H. Zipf, *Die Strafmassrevision*, Beck, Göttingen, 1969, p. 5 e ss.; idem, *Kriminalpolitik* (1980), trad. it. de A. Bazzoni, *Politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 129-131; M. Spasari, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1976, p. 50. Bastante mais rica é a literatura dedicada ao tema da determinação da pena por parte do juiz: cf. G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, Milano, 1939; S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Ateneo, Roma, s.d., mas de 1942, p. 86 e ss.; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 73 e ss. e 323 e ss.; E. Dolcini, ob. cit., p. 2 e ss., que ademais realça a bem maior atenção dedicada ao tema pela doutrina penal alemã, referindo-se aos escritos de Bruns, Dreher, Haag, Zipf, Henkel, Frisch, Hertz e Stratenwerth.

⁽¹⁵⁷⁾ G. Bovio, *Saggio*, cit., V, p. 26 e ss.

⁽¹⁵⁸⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., cap. XXVII, p. 256-257; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 7 e 24; J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. V, p. 12-13; idem, *Principes du code pénal*, parte III, cap. II, in *Traité*s, cit., p. 156 e ss. Pense-se, hoje, nas sanções para a proibição de estacionar, nas multas previstas para os abusos urbanísticos ou para as atividades contaminantes, sancionadas muito mais como taxas do que como penas.

⁽¹⁵⁹⁾ Não parece supérfluo precisar, com o propósito de evitar possíveis equívocos gerados pelo uso de palavras iguais com diversos significados, que esta idéia da supressão dos mínimos da pena legal previstos para cada tipo de delito e da conseguinte ampliação do poder equitativo do juiz não contradiz a tese, com a qual não tem nada a ver, de que a pena prevista pela lei não deve ser tão baixa como para transformar-se numa taxa (tributo).

⁽¹⁶⁰⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XXVII, p. 60.

⁽¹⁶¹⁾ J. Bentham, loc. cit.; H. L. A. Hart, ob. cit., p. 102 e 190. Pode ser interessante recordar que uma tese exatamente oposta foi sustentada por Aristóteles, que indicou este mesmo critério, mais do que como limite máximo, como limite mínimo: “o talião não é justo sem a regra da proporção... Se um arrancou um olho do outro, não é justo se contentar com arrancar um olho ao ofensor; porque é preciso que seu castigo seja maior conforme a regra de proporção, posto que o ofensor foi o primeiro que atacou e cometeu o delito (*Grande etica*, cit., I, 31, 1194a, p. 37). Ainda com mais severidade Platão supõe que na vida futura os delitos comportarão “um castigo dez vezes maior” (*La Repubblica*, cit., X, 615b, in *Dialoghi politici*, cit., p. 658).

⁽¹⁶²⁾ O argumento mais comum é o utilitarista de que a excessiva severidade para os delitos menos graves estimula os delinquentes à execução dos mais graves: assim Voltaire protesta contra o enforcamento de uma moça de dezoito anos pelo abandono do filho recém-nascido, atacando a lei como “injusta porque não sabe distinguir entre aquela que mata seu filho e a que abandona-o” (*Commentario*, cit., I, p. 607-608); Frederico II da Prússia critica as leis penais francesas que castigavam com a morte os furtos domésticos sem violência, privando de qualquer eficácia dissuasória a pena de morte também prevista para os furtos violentos (*Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1748), M. Sormey (org.), Sorli, Utrecht, 1751); e Bentham observa que quando a pena de morte esteja prevista tanto para o roubo como para o homicídio, o potencial ladrão não se deterá ante o homicídio, assim como não encontrará razão para não incorrer em toda sorte de agravantes se o furto simples está castigado com a mesma pena que o furto agravado (*Théorie des peines*, cit., t. I, liv. I, cap. V, p. 13).

⁽¹⁶³⁾ H. L. A. Hart, *Responsabilidade*, cit., p. 102 e 199-200, nota.

⁽¹⁶⁴⁾ *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 346 (a passagem de Jhering é referida integralmente na nota 55). Sobre a idéia do código como “tarifa de penas”, cf. H. L. A. Hart, ob. cit., p. 194 e, ademais, os escritos supracitados nas notas 138 e 139.

⁽¹⁶⁵⁾ “E em caso de haver uma exata e universal escala das penas e dos delitos, teríamos uma comum e provável medida dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia de todas as nações” (C. Beccaria, ob. cit., VI, p. 21).

⁽¹⁶⁶⁾ Cf., supra, o parágrafo 28.5 e as notas 69 e 71. O princípio da individualização judicial da pena segundo a gravidade do delito e das circunstâncias específicas do mesmo era desconhecido no direito romano dos primeiros séculos: não somente as penas do talião mas inclusive as pecuniárias, excluídos os casos em que deviam acomodar-se à entidade do dano, estavam então preestabelecidas de maneira rígida e fixa segundo o tipo de delito; e as únicas circunstâncias relevantes eram as predeterminadas pelas leis, como por exemplo o caráter *manifestum* ou não do furto. O sistema não muda com as leis *iudiciorum publicorum* da época republicana, que excluíam pelo menos tendencialmente toda discrecionalidade judicial, preestabelecendo tanto os delitos como as penas, assim como as agravantes e as atenuantes, e confiando ao juiz somente a tarefa de valorar as provas. Cf. C. Ferrini, *Esposizione*, cit., p. 126-127; A. F. Le Sellyer, *Trattato dei reati, delle pene e della responsabilità*, trad. it. de S. Giustiniani, Utet, Torino, 1886, I, 382-383; G. Pugliese, *Linee generali*, cit., p. 657.

⁽¹⁶⁷⁾ “Hodie”, afirmou Ulpiano (*1 de appellationibus*), “licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviores, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat” (D. 48.19.13). Sobre a multiplicidade das circunstâncias, objetivas e sobretudo subjetivas, que na *cognitio extraordinem* adquirem relevância na eleição judicial da pena, cf. C. Ferrini, ob. cit., p. 127-133. Em particular, “crescit contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit” (D. 47.10.17.3): assim a pena será tão mais severa quanto mais baixa seja a condição social do réu (D. 48.19.16.3; D. 48.19.28.16; D. 48.19.38.2-5). Cf., *infra*, a nota 158, capítulo 8.

⁽¹⁶⁸⁾ O chamamento dos juízes para a observância das leis encontra-se nas *Institutiones*, 4.17.pr.: “in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est”; e na Nov. 80.13: “omnis autem iudex... custodiat leges et secundum eas proferat senten-

tias... Nos enim volumus obtinere quod nostrae volunt leges”. Às detalhadas tarifas das penas nas leis bárbaras, e em particular nos decretos de Rotário e de Liutprando, já nos referimos na nota 136.

⁽¹⁶⁹⁾ “In criminalibus”, declarava o *podeslà* de Verona ao tomar posse do seu cargo, “non sim adstrictus judicare secundum leges, sed vel meo arbitrio definire possim” (Stat. Veron., 1228 c. 82, cit. por A. Pertile, ob. cit., p. 391). O princípio da determinação arbitrária da pena pelo juiz prevaleceu, por outro lado, além da Itália, na França e na Alemanha. Sobre o arbítrio dos juízes podem ser consultadas as fontes referidas por F. Carrara, ob. cit., II, par. 886-887, p. 369-373; A. Pertile, ob. cit., p. 390-407; P. del Giudice, ob. cit., p. 497-505; D. Schiappoli, ob. cit., p. 796-805; C. Calisse, ob. cit., p. 438-521; A. Cavanna, ob. cit., p. 197-225.

⁽¹⁷⁰⁾ Cf. A. Pertile, ob. cit., p. 398 e ss.; A. F. Le Sellyer, ob. cit., p. 381 e ss. Na Leopoldina de 1786 as penas arbitrárias estavam previstas nos arts. 60, 61, 63, 66, 70, 72, 73, 90, 94, 97, 99 e 116. Na França a doutrina estava dividida: Muyart de Vouglans sustentou que o juiz podia diminuir as penas estabelecidas na lei mas não agravá-las e menos ainda inventar outras novas (*Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Merigot, Paris, 1780, liv. II, tit. 2, cap. 2, n. 7-8); Jousse dividiu as penas em “legais” e “arbitrárias”, estas últimas confiadas à “prudência do juiz” e dependentes “do lugar, do tempo, da causa, da quantidade ou qualidade do delito, assim como da pessoa, do seu estado, do seu sexo, da reincidência, da má vontade ou de outras circunstâncias que possam contribuir para fazer o delito mais ou menos grave” (*Traité de la justice criminelle de France*, cit., I, p. 37-38, e II, p. 591 e ss.); Antoine Despeisses ao contrário tinha afirmado, um século antes, que “pertence ao arbítrio do juiz condenar o imputado à pena que lhe pareça mais adequada” (*Traité de crimes*, parte I, tit. 12, seq. I, n. 1).

⁽¹⁷¹⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., III, p. 13.

⁽¹⁷²⁾ *Ibidem*, III, p. 14, e IV, 15 e 17; *ibidem*, XLI, p. 97: “Quereis evitar os delitos? Fazei com que as leis sejam claras e simples... Fazei com que os homens as temam, e não temam mais do que a elas. O temor das leis é saudável, mas o de homem a homem é fatal e fomentador de delitos. Os homens escravos são mais voluptuosos, mais libertinos e mais cruéis do que os homens livres”. Cf. também F. Bacon, *De dignitate*, cit., liv. VIII, afor. 46, p. 813: “Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimum sibi”; Ch. Montesquieu, *De l'esprit*, cit., XI, 6; J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. I, cap. XI, p. 27, que no entanto admite “uma certa discricionariedade ao juiz para não agravar a pena, mas para diminuir-la”; G. Romagnosi, *Gênesis*, cit., 559, p. 253-254. Contra o arbítrio dos juízes vejam-se também os escritos citados nas notas 23 e 24 do capítulo I.

⁽¹⁷³⁾ Com as “penas taxativas”, escreveu Carrara, pretendia-se “conseguir que os culpados fossem punidos, não pelo homem, senão pela lei” (ob. cit., par. 887, p. 371). Veja-se também, sobre o Código francês de 1791, A. F. Le Sellyer, ob. cit., p. 385-387; e sobre a determinação legal da pena entre um mínimo e um máximo no Código de Pedro Leopoldo e, de forma bastante mais ampla e precisa, no de José II, A. Pertile, ob. cit., p. 398-399, onde é recordada também a lei toscana de Ferdinando III de 1795, que, segundo o exemplo francês, tirou dos juízes toda discricionariedade na aplicação da pena.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. o parágrafo 21.4 e as obras citadas na nota 152 do capítulo 5.

⁽¹⁷⁵⁾ A Itália é talvez o país europeu no qual as medidas alternativas para a prisão têm sido introduzidas com mais atraso: basta pensar que a *probation* introduziu-se na Noruega no século XIX, na Inglaterra e na Dinamarca nos primeiros anos do século XX, na França, Alemanha e Suécia nos anos 1945; que a semiliberdade ou semidetenção, acompanhadas às vezes da obrigação de trabalho externo, foi introduzida entre os anos 1930 e 1960 na França, Holanda e Suíça, e nos anos 1960 na Bélgica, Áustria e Dinamarca; que na Alemanha, Holanda, Bélgica e Suíça introduziu-se antes de 1975 a detenção de fim-de-semana; e que outras formas de restrição da liberdade – do recolhimento em instituições não carcerárias, formas de trabalho úteis para a comunidade – têm sido experimentadas desde o fim do século XIX na Noruega, entre os anos 1930 e 1960 na Holanda, Suíça e Alemanha e depois de 1960 na Inglaterra e na Dinamarca. As prisões domiciliares, com exceção da experiência espanhola, que remonta ao século passado, são uma novidade italiana introduzida pela lei de 10 de outubro 1986 (cf. *Prison information bulletin*, cit., p. 6-13).

⁽¹⁷⁶⁾ *Programma. Parte generale*, cit., I, p. 554-555. Contra qualquer forma de incerteza sobre a duração da pena e sobre a ilegitimidade da suspensão ou modificação da pena durante a execução, cf. também, *ibidem*, II, itens 1026-1027, p. 556-571.

⁽¹⁷⁷⁾ *Principes du code pénal*, cit., parte III, cap. X, p. 169. Não é diferente a opinião de Beccaria: “considere-se que a clemência é virtude do legislador, não do executor das leis; que deve resplandecer no código, não nos juízos particulares; que fazer ver aos homens a possibilidade de perdoar os delitos, e que a pena não é sua necessária consequência, é incitar à impunidade, e manifestar que, podendo-se perdoar, as sentenças não perdoadas são mais violências da força do que providências da justiça” (ob. cit., XLVI, p. 103).

⁽¹⁷⁸⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XXVII, p. 59. A mesma tese é repetida por F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., V, p. 26, e, sobretudo, por J. Bentham, *Principes du code pénal, parte III, cap. II*, in *Oeuvres* cit., I, p. 156: “Quanto menos certa seja a pena bem mais grave deve ser... logo é também verdadeiro que quanto mais pode-se aumentar a certeza da pena, mais pode-se diminuir a gravidade dela, e esta é outra utilidade que resultaria de uma legislação simplificada, e de uma boa forma processual”.

⁽¹⁷⁹⁾ Os efeitos alienantes da reclusão e, em geral, das práticas detentivas têm sido estudados nos anos recentes, com particular referência aos manicômios, mas com resultados que consideram-se válidos para todas as instituições “totais”. Limito-me a recordar E. Goffman, *Asylums* (1961), trad. it. de Franca Basaglia, *Asylums. Le istituzioni totali*, Einaudi, Torino, 1968; F. Basaglia (org.), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968; F. Basaglia e F. Basaglia Ongaro, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*, Einaudi, Torino, 1971. Lembre-se, V. Foa, *Psicologia carceraria*, no fascículo de *Ponte dedicato a Carceri: esperienze e documenti*, 1949, p. 299-304. Para ter uma idéia do caráter total e expansivo do controle carcerário, a leitura mais instrutiva é sem dúvida a dos regulamentos carcerários: por exemplo os 891 artigos do regulamento de 1.º.02.1891; ou os 332 artigos do regulamento fascista de 18.06.1931 (*infra*, nota 17 do capítulo 10); ou também os 125 artigos do atual regulamento de 29.04.1976, que embora haja suprimido as medidas mais inutilmente humilhantes, acolheu, no entanto, de acordo com a inspiração correccionalista da reforma de 1975, institutos panópticos como a “observação da personalidade” e os “programas individualizados de tratamento”.

⁽¹⁸⁰⁾ G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XXXIII, p. 532. Sobre os “mil sofrimentos” e os “diversos suplicios contidos” na pena privativa de liberdade — da “ditadura tenebrosa, da qual ninguém será testemunha”, ao estado de “separação” e de “isolamento” que “conduz à demência” —, vejam-se as bonitas páginas de B. Constant, *Corso*, cit., Svilupamenti, XIV, p. 203-206. Cf. também, sobre a “imensa força penal da solidão” e, por outro lado, sobre o caráter de “escola do delito” da prisão promíscua, C. Cattaneo, *Della pena*, cit., p. 189 e 205-206.

⁽¹⁸¹⁾ Remeto a meu trabalho *Carcere e diritti fondamentali, Questione giustizia*, 1982, n. 2, p. 358 e ss.

⁽¹⁸²⁾ Cf., por exemplo, N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano, 1988.

⁽¹⁸³⁾ O número médio de internos presentes no fim de ano nas prisões italianas tem diminuído constantemente, exceto na vintena fascista e na última década: 71.613 nos anos 1960 e 1980 do século passado (1871-1890); 57.610 nos anos 1990 (1891-1900); 49.710 na primeira década deste século; 37.590 na segunda década; 55.327 nos anos 1920; 50.741 nos anos 1930; 54.404 nos anos 1940; 35.213 nos anos 1950; 28.521 nos anos 1960; 26.990 nos anos 1970; 35.686 na primeira metade dos anos 1980. Uma diminuição análoga apresenta o número médio dos ingressados anualmente nos centros de cumprimento de pena: 251.221 nos anos 1970 do século passado, 220.582 na primeira década do nosso século, 90.059 nos anos 1950, 52.150 nos anos 1960, 80.897 nos anos 1970 e 94.155 em 1985 (ISTAT, *Sommario di statistiche storiche. 1861-1975*, cit., p. 71; idem, *Sommario di statistiche storiche. 1926-1985*, cit., p. 127). Considerando-se que a população italiana cresceu mais do que o dobro, pode-se afirmar que desde o século passado o índice de privação de liberdade tem-se reduzido mais de quatro vezes: mais precisamente, passou de 245 internos para cada 100.000 habitantes nos anos 80 do século passado (quando eram 71.613 presos para ao redor de 29 milhões de habitantes) a menos de 40 para cada 100.000 habitantes em 1973 (em que houve 21.391 presos para 53.832.000 habitantes) e a 59 para cada 100.000 em 1986 (em que houve 33.609 presos para mais ou menos 57 milhões de habitantes). Mais drástica tem sido ainda a diminuição do número dos internados nos centros para menores: 6.428 nos anos oitenta do século passado, 4.828 na primeira década deste século, 2.099 nos anos sessenta, 1.532 em 1971, 871 em 1975, 516 em 1981 e 791 em 1985 (ob. cit., p. 72 e 128). Na década passada as cotas máximas de população carcerária produziram-se nos anos 1983, 1984 e 1985, quando o número de internos no final do ano foi de 40.225, 42.795 e 41.536 (*Statistiche giudiziarie. 1986*, cit., p. 603). Um discurso substancialmente análogo

pode ser feito para os demais países europeus, cuja população carcerária em 01.02.1988 era a seguinte: 55.729 presos na Grã-Bretanha (com uma taxa de 98,2 presos para cada 100.000 habitantes), 52.494 na França (com uma taxa de 92 presos), 50.160 na Turquia (com uma taxa de 90,2), 53.039 na Alemanha Federal (com uma taxa de 86,7), 8.222 em Portugal (com uma taxa de 84), 4.968 na Suíça (com uma taxa de 77,6), 6.951 na Bélgica (com uma taxa de 70,5), 27.793 na Espanha (com uma taxa de 69,2), 3.515 na Dinamarca (com uma taxa de 69), 35.589 na Itália (com uma taxa de 62), 5.150 na Suécia (com uma taxa de 61), 1.951 na Noruega (com uma taxa de 47), 4.178 na Grécia (com uma taxa de 42,9), 5.291 na Holanda (com uma taxa de 36) (*Bulletin d'information pénitentiaire*, Conseil d'Europe, fevereiro 1989, p. 22). Ao contrário, nos Estados Unidos houve um aumento progressivo da privação de liberdade, com exceção nos anos 1950 e 1960: 91.669, equivalentes a 79 para cada 100.000 habitantes, em 1925; 129.453, equivalentes a 104 para cada 100.000, em 1930; 173.706 equivalentes a 131 para cada 100.000, em 1940; 166.123, equivalentes a 109 para cada 100.000, em 1950; 212.953, equivalentes a 117 para cada 100.000, em 1960; 196.429, equivalentes a 96 para cada 100.000, em 1970; 240.593, equivalentes a 111 para cada 100.000, em 1975; 294.396, equivalentes a 132 para cada 100.000, em 1978; 315.974, equivalentes a 153 para cada 100.000, em 1981; 394.374, equivalentes a 170 para cada 100.000, em 1982; 419.820, equivalentes a 179 para cada 100.000, em 1983; 445.381, equivalentes a 188 para cada 100.000, em 1984; 481.616, equivalentes a 201 para cada 100.000, em 1985; 593.922, equivalentes a 216 para cada 100.000, em 1986 (*Sourcebook of criminal justice statistics*. 1988, U.S. Depart. of Justice, Washington, 1988, tabela, 6.17, p. 486). Nos Estados Unidos, por outro lado, também a pena privativa de liberdade, como a pena de morte, está regida por uma forte discriminação racial: os presos negros são mais ou menos quatro vezes mais numerosos que os brancos e a desproporção é ainda maior se levarmos em consideração as mulheres (ob. cit., e, para as décadas anteriores, cf. os dados referidos por H. Hentig, *La pena*, cit., p. 302-304).

⁽¹⁸⁴⁾ V. Foa, *Psicologia carceraria*, cit., p. 301.

⁽¹⁸⁵⁾ *Infra*, parágrafo 44.3. O limite máximo de 30 anos previsto no Código Rocco para as penas privativas de liberdade de caráter temporário encontra-se entre os mais altos relativamente aos dos demais países europeus: 20 anos segundo os Códigos Penais francês (arts. 18 e 19), belga (art. 16), suíço (art. 35), austríaco (art. 18), norueguês (art. 17), grego (arts. 52 e 54) e luxemburguês (art. 16); 16 anos segundo os Códigos dinamarquês (art. 33) e islandês (art. 34); 15 anos segundo os Códigos da Alemanha Federal (arts. 14 e 17), Alemanha Oriental (art. 40), da União Soviética (art. 24), Hungria (art. 32) e Polônia (art. 39); 12 anos segundo o Código finlandês (capítulo 2, parágrafo 1); 10 anos segundo o Código sueco (capítulo 26, parágrafo 1). O limite de 30 anos encontra-se somente no Código espanhol (art. 70.22), onde no entanto suprimiu-se a prisão perpétua (que não existe sequer na União Soviética, onde está prevista a pena de morte).

⁽¹⁸⁶⁾ G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XXXII, p. 525 e ss., e J. Bentham, *Théorie des peines*, cit., liv. III, cap. IV, p. 89. Mas não parece que a idéia, exceção feita ao Brasil, que codificou-a no século passado, tenha jamais tido aplicação prática. Em sentido crítico, cf. F. Carrara, ob. cit., II, par. 692, p. 79-80.

⁽¹⁸⁷⁾ Sobre as origens romanas da instituição, cf., *supra*, o final da nota 136. O princípio já tinha sido formulado por Platão, *Le leggi*, cit., 857a, p. 362: "Quanto aos ladrões... devem pagar o dobro do roubado se efetivamente forem descobertos como responsáveis desse delito e têm fortuna suficiente para pagar; se não a têm, terão de ficar na prisão até que paguem ou que obtenham o perdão de quem fez condená-los. Se alguém é declarado responsável por roubo de caráter público, terá que se entender com a cidade ou pagar o dobro do roubado para sair da cadeia". Também Beccaria compartilha a idéia socialmente discriminatória da fungibilidade das penas pecuniárias com as privativas de liberdade: "Os furtos que não usaram de violência deveriam ser castigados com pena pecuniária. Quem procura se enriquecer com o que não é seu deveria ser empobrecido do próprio. Mas como comumente este delito provém da miséria e desespero, cometido por aquela parte infeliz de homens aos quais o direito de propriedade (terrível e talvez não necessário direito) deixou só a nua existência... a pena mais oportuna será aquela única sorte de escravidão que pode-se chamar de justa, isto é, a escravidão por certo tempo, que torna a sociedade senhora absoluta da pessoa e trabalho do réu" (ob. cit., XXII, p. 52).

⁽¹⁸⁸⁾ O velho art. 136 do Código Penal, que previa a conversão das penas pecuniárias não pagas em penas privativas de liberdade, foi modificado pelo art. 102 da Lei 689, de 24.11.1981, que estabele-

lece com caráter geral a conversão em pena de “liberdade controlada”, que é sempre restritiva da liberdade pessoal. Sobre isso voltarei (*infra*) no parágrafo 44.5.

⁽¹⁸⁹⁾Vejam-se as observações de E. Bruti Liberati, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle pene accessorie*, *Monitore dei tribunali*, 1968, p. 1170 e 1172. Ainda mais grave é a inexistência de ato jurisdicional específico que vicia a gravíssima sanção administrativa da destituição [do cargo], que acompanha automaticamente a condenação penal, com base no art. 85 da lei sobre a função pública e que, por isso, equivale a uma sanção *ope legis*.

O DELITO. QUANDO E COMO PROIBIR

LUIZ FLÁVIO GOMES

SUMÁRIO: 32. QUANDO PROIBIR? OS PROBLEMAS SUBSTANCIAIS DO DIREITO PENAL: 1. Proibição penal e reprovação moral. Uma ética da legislação; 2. Relativismo ético e relativismo jurídico. A impossível garantia de um direito penal absolutamente justo e válido; 3. As garantias penais ou substanciais e os elementos constitutivos do delito: resultado, ação, culpabilidade – 33. OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA LESIVIDADE. OS BENS JURÍDICOS: 1. Economia do direito penal e lesividade do resultado. O direito penal como instrumento de tutela; 2. A parábola involutiva da doutrina do bem jurídico: da tutela de direitos subjetivos à tutela do Estado; 3. Para uma análise metateórica do problema do bem jurídico; 4. O problema político ou externo do bem jurídico; 5. O bem jurídico entre normatividade constitucional, normatividade legal e efetividade do direito penal; 6. Bens jurídicos fundamentais e proibições mínimas necessárias – 34. O PRINCÍPIO DA MATERIALIDADE DA AÇÃO: 1. Exterioridade da ação e utilitarismo penal. O nexo causal entre ação e resultado; 2. Exterioridade da ação e separação entre direito e moral. A soberania da consciência; 3. Exterioridade da ação e estrita legalidade penal. Certeza penal e prova; 4. A evolução histórica da teoria da ação e as múltiplas vias do substancialismo moderno: naturalismo e idealismo – 35. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE. A EXIGIBILIDADE: 1. Os modelos arcaicos de responsabilidade objetiva e as vicissitudes do princípio da culpabilidade; 2. Causalidade, imputabilidade, intencionalidade. Culpabilidade e responsabilidade; 3. Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade; 4. Poderia ter agido de outro modo? O dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio; 5. A dissolução do princípio da culpabilidade nos delineamentos objetivistas e nos subjetivistas. Duas aporias; 6. A culpabilidade como elemento normativo do fato. Exigibilidade e inexigibilidade – 36. COMO PROIBIR? REGULATIVIDADE E TAXATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS: 1. Normas penais regulativas e normas penais constitutivas; 2. A proibição de leis penais constitutivas. Dignidade da pessoa e igualdade penal; 3. O paradigma constitutivo nos ordenamentos modernos. Reincidentes, suspeitos, perigosos e reabilitados.

32. QUANDO PROIBIR? OS PROBLEMAS SUBSTANCIAIS DO DIREITO PENAL

1. Proibição penal e reprovação moral. Uma ética da legislação

“A liberdade do cidadão depende principalmente” – escreveu Montesquieu – “de que as leis criminais sejam boas.”¹ Do que depende a bondade das leis e das proibições penais? É óbvio que isso não se pode deduzir, tautologicamente, da definição formal de

delito, que considera delitífera toda conduta proibida pela lei penal. Teremos que nos valer de critérios valorativos externos à lei. Esses critérios, como vimos, são os que se incluem mais ou menos genericamente nas denominadas definições *substanciais* do delito, que são compatíveis com as descrições *formais* e não comprometem o princípio da legalidade, desde que sejam consideradas como meras recomendações prescritivas sobre o conteúdo das proibições legais e não como proposições descritivas. Assim entendidas, as descrições formais dão resposta à questão axiológica de “quando proibir” e às subquestões de “quando proibir penalmente melhor do que civil ou administrativamente” e “quando proibir como delito e quando como contravenção”; questões todas de legitimação predominantemente externa, diferentemente da questão de “quando castigar”, que nos ordenamentos que incorporam os princípios da retribuição e da legalidade é exclusivamente de legitimação interna.

Em que medida tais recomendações são idôneas para identificar requisitos suficientes de legitimação externa das proibições penais? Logicamente, a fórmula prescritiva *prohibendum quia peccatum*, que contempla o essencial de todas as definições substanciais, pode querer dizer duas coisas distintas: que uma conduta deve ser proibida *se*, em qualquer das acepções do termo, é pecado, ou que deve ser proibida *só se* é pecado. No primeiro caso, considera-se o juízo de reprovação externo como uma condição suficiente, em face do qual a conduta reprovada deve ser proibida como delito; no segundo, ele é tido só como condição necessária. É clara a profunda diferença entre ambas as prescrições. A primeira prescrição reflete a subordinação axiológica do direito à moral, ou a outros critérios de reprovação, e a pretensão de que imponha imperativamente a (ou uma determinada) moral, proibindo toda violação da mesma. A segunda expressa a pretensão mais genérica, mas inócua enquanto limitadora do poder de proibir, de que as proibições penais devam se dirigir *só* a condutas imorais ou, em qualquer caso, reprováveis. O pensamento penal liberal caracteriza-se, historicamente, pela rejeição da primeira pretensão e por acolher, em sentido utilitarista, a segunda. “Todos os delitos” – afirma Hobbes – “são realmente pecados, mas nem todos os pecados são delitos.”² E Bentham representa a relação entre direito e moral por meio da imagem de dois círculos concêntricos de distinto raio: o mais longo corresponde à esfera moral; o mais curto delimita a esfera jurídica.³ Em razão disso, um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido.

A pretensão inerente à tese de que os delitos têm de ser (selecionados dentre as condutas) em algum sentido reprováveis comporta, ademais, a exigência de uma justificação externa ao conteúdo da proibição penal. O princípio liberal da separação direito-moral, apesar de no plano teórico-descritivo excluir do conceito de delito qualquer conotação de tipo moral ou natural, não impede que as proibições legais sejam suscetíveis de prescrição e/ou valoração no plano ético-político. As duas formas opostas, porém convergentes, de confusão entre direito e moral expressadas pelo moralismo jurídico (segundo o qual o delito é tal enquanto pecado) e pelo legalismo ético (segundo o qual o pecado é tal por ser delito) impedem, como temos visto, uma valoração moral e política das leis penais.

Inversamente, é a separação entre direito e moral que, por um lado, impõe o dever de justificar as proibições e também os castigos e, por outro, permite falar de uma *ética da legislação*, por meio da qual pode-se criticar as leis como imorais ou, pelo menos, como injustificadas. Uma vez reconhecida a autonomia entre as duas esferas valorati-

vas, pode-se, por exemplo, considerar que são imorais as normas que, no nosso ordenamento, castigam a mendicância ou o exercício abusivo de trabalhos ambulantes;⁴ e pode-se admitir, sem grande dificuldade, que muitos dos fatos previstos como delitos nos códigos penais – é o caso dos delitos políticos ou sindicais⁵ – são impostos ou “justificados” por razões políticas ou morais.

2. Relativismo ético e relativismo jurídico. A impossível garantia de um direito penal absolutamente justo e válido

Muitos dos princípios morais que servem de base para negar a justificação de certas proibições ou para justificar certos delitos estão incorporados ao direito positivo como outros tantos limites ou condições ou princípios jurídicos de deslegitimação de uns e de legitimação de outros. É o caso do princípio constitucional de igualdade, que permite considerar como não válidos, antes mesmo de qualquer juízo de justiça, os atos de discriminação entre os destinatários dos preceitos penais em razão de raça, sexo ou outras condições de *status*; ou daquelas normas penais sobre “eximentes”, “causas de exculpação” ou “causas de justificação”, que permitem em todos os ordenamentos evoluídos justificar, não só moralmente, senão também juridicamente, os delitos praticados em determinadas circunstâncias, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito etc. Mas, sobretudo, podemos encontrar os princípios inerentes às garantias penais e processuais, formalizados no nosso sistema SG, como outras tantas prescrições sobre as condições da pena. É, ao contrário, a incorporação limitadora de todos estes princípios ou valores sob a forma de *garantias* o que distingue, conforme vimos, o moderno Estado de direito em matéria penal; e somente por meio do número, qualidade e nível de efetividade dos princípios assim incorporados pode-se valorar sua justiça e medir seu grau de garantismo.

A incorporação garantista de princípios morais ou de justiça aos níveis superiores de um ordenamento, por mais ampla que seja, continuará tendo limites extrínsecos. Precisamente o princípio teórico da separação entre direito e moral, aliado à relatividade dos juízos éticos, derivada da autonomia de cada consciência e do princípio metaético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se objetivamente justo ou integralmente justificado. De fato, não existem princípios jurídicos que possam garantir a justiça absoluta de um sistema penal, nem mesmo limitando-nos a seus enunciados normativos e deixando de lado seu funcionamento real. Nem são concebíveis sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irredutíveis tanto a autonomia como a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição, assim como a relatividade histórica e política das opções legislativas sobre o que se deve proibir. Nem sequer o fato de que essas opções sejam as da maioria basta para garantir sua justiça ou sua moralidade, senão somente sua concordância com os valores e interesses dominantes. A justiça, como a moral, não é questão de maiorias. Pelo contrário, “onde quer que haja uma classe dominante – e são palavras não de Marx mas de John Stuart Mill – uma grande parte da moralidade do país emana de seus interesses e de seus sentimentos de classe superior”.⁶ E já Beccaria afirmava que “a maior parte das leis não são mais do que privilégios, isto é, um tributo que todos pagam para o conforto de alguns”.⁷ Em resumo, a justiça perfeita não é deste mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado

por parte de um sistema penal não é só ilusória, como também um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária.

Tampouco pode-se dizer que existem delitos castigados em todo tempo e lugar por se oporem à moralidade média, ao sentimento comum ou a critérios similares. Ao contrário, não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida. “Quem quer que leia com olhar filosófico os códigos das nações e seus anais” – escreve Beccaria –, “verá quase sempre que são trocados os nomes de *vício* e de *virtude*, de *bom cidadão* ou de *réu*, com as revoluções dos séculos... Verá muitas vezes que as paixões de um século são a base da moral dos séculos que lhe seguem, que as paixões fortes, filhas do fanatismo e do entusiasmo, debilitadas e corroídas (por assim dizê-lo) pelo tempo, que iguala os fenômenos físicos aos morais, vêm, pouco a pouco, a representar a prudência do século, constituindo-se em instrumento útil nas mãos do forte e do prudente”.⁸ Nem mesmo o homicídio foi sempre proibido e castigado: na Grécia antiga, por exemplo, como em todos os ordenamentos primitivos, proibia-se somente a morte do familiar, que autorizava unicamente a reação coletiva do grupo de parentes da vítima.⁹ E, embora a reprovação moral generalizada do homicídio possa se dar por evidente, não se pode dizer o mesmo do furto, do desacato ou do delito de tráfico, e menos ainda do aborto, dos ultrajes ou da blasfêmia. E isso sem considerar que “não nos perguntamos se o roubo é um pecado; buscamos o que se deve chamar roubo, o mesmo ocorrendo em relação aos demais”.¹⁰ E ainda: a relação das leis positivas com as condições históricas e geográficas das sociedades concretas que as produzem não é só reconhecida pelo pensamento iluminista como um dado fático, mas é, também, prescrita como critério axiológico de conveniência ou de justiça material.¹¹

Sabemos, por outro lado, que nem sequer a incorporação limitadora ao direito positivo dos princípios de justiça historicamente determinados tem sido suficiente. Ainda que um ordenamento alcance um alto grau de perfeição normativa e de eficácia operativa, é impossível dizer que os princípios que incorporou como garantias e critérios de validade encontram-se inteiramente realizados. E isso por duas razões: primeiramente, porque tais princípios, embora formulados com a máxima clareza nas leis positivas, expressam sempre valores, de forma que o juízo sobre sua aplicação é, por sua vez, um juízo de valor, tão suscetível a opiniões diversas como inverificável; em segundo lugar, porque a divergência entre ser e dever ser, ou entre normatividade e efetividade, é estruturalmente inerente à forma lógica do direito, tal qual a de qualquer outro sistema normativo. Assim, pois, nem a justiça, nem sequer a validade perfeita são deste mundo: do mesmo modo que não existe coincidência entre ser e dever ser *do* direito, tampouco existe coincidência entre ser e dever ser *no* direito. Como se verá no capítulo 13, cada ordenamento apresenta, além de uma quota irredutível de ilegitimidade externa ou de injustiça, outra não menos irredutível de ilegitimidade interna ou de invalidade.

Falaremos, assim, de uma *ética normativa* e de uma *ética descritiva* da legislação: a primeira prescreve, desde o exterior, os valores que queremos que informem o ordenamento; a segunda reconhece, a partir do interior, os valores que este incorpora e/ou satisfaz positivamente. Mencionaremos, ainda, em face dos desníveis normativos que caracterizam a estrutura do Estado de direito, a *ética normativa* ou a *ética descritiva*, segundo se trate da valoração das normas de cada nível, desde a ótica dos valores incorporados por normas superiores, ou, melhor, do reconhecimento dos valores efetivamente incorpora-

dos e/ou satisfeitos por elas. E poder-se-á falar, em particular, de uma *ética da jurisdição*, *normativa* ou *descritiva*, segundo se queiram designar os valores de diferentes níveis – políticos, constitucionais, legais – exigidos desta, tanto no âmbito interno como fora dele, ou os que, concretamente, satisfaz ou desatende.

3. As garantias penais ou substanciais e os elementos constitutivos do delito: resultado, ação, culpabilidade

Uma vez excluída a possibilidade de chegar a critérios positivos e absolutos de justificação externa e de legitimação interna dos conteúdos da proibição, pode-se formular critérios negativos ou limitadores, realizáveis somente relativa e tendencialmente, com o valor de condições necessárias, embora não suficientes, de legitimidade. Estes critérios ou condições negativas não são, por outro lado, mais do que as *garantias penais* ou *substanciais* expressadas pelos axiomas A4, A5 e A6 do nosso sistema de garantias SG: o princípio de *lesividade* ou *ofensividade*, o de *materialidade* e o de *responsabilidade pessoal*, que, respectivamente, definem os três elementos constitutivos do delito: o resultado, a ação e a culpabilidade. À sua análise teórico-geral dedicam-se os três parágrafos que seguem, nos quais se examinará, também, a evolução sofrida no século passado por obra da cultura penal pós-iluminista. A análise dogmática será desenvolvida no parágrafo 43, reservado ao tratamento dos elementos do delito no direito italiano, tais como estão configurados tanto no plano legal ou normativo quanto no jurisdicional ou de funcionamento efetivo do sistema penal.

Qualifiquei de “substanciais” as garantias penais de lesividade, materialidade e culpabilidade, em oposição às garantias processuais, que chamarei de “instrumentais”, de presunção de inocência, de prova e de defesa: entendo, com isso, que afetam a *substância* ou os conteúdos das proibições permitidos pelas normas reguladoras da produção válida da lei penal. Efetivamente, segundo os usos lingüísticos correntes, *substanciais* são as normas e as questões de direito penal relativas à regulação dos pressupostos da pena. Ao contrário, são *instrumentais* as normas de direito processual relativas aos métodos e às formas de comprovação daqueles. O princípio de estrita legalidade, com as garantias penais que comporta, tem a importância de deslocar o *problema substancial* do direito penal do “quando castigar” para o “quando proibir” – isto é, do juiz para a lei –, incorporando às formas jurídicas princípios ético-políticos e critérios substanciais de justiça, e transformando-os, assim, em princípios e critérios normativos de direito positivo. Desta forma, podemos estabelecer uma equivalência entre condicionantes da proibição, elementos constitutivos do delito (resultado, ação, culpabilidade) e garantias penais ou substanciais. E podemos afirmar que o garantismo não prescinde dos valores substanciais; antes, configura-se como uma técnica destinada a satisfazê-los, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente na forma positiva de lei, como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas e, com isso, como fatores de minimização do poder punitivo legítimo. Nos parágrafos seguintes, veremos como o substancialismo penal e o decisionismo processual se apresentam, inevitavelmente, ao reclamo da confusão teórica ou axiológica entre direito e moral, justo quando se exclui algum dos três elementos substanciais ou constitutivos exigidos pelas garantias penais como condições normativas de existência do delito.

33. OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA LESIVIDADE. OS BENS JURÍDICOS

1. Economia do direito penal e lesividade do resultado. O direito penal como instrumento de tutela

Na perspectiva ora traçada, as indicações mais fecundas provêm, uma vez mais, da tradição iluminista. Precisamente no-las fornece, em positivo, a filosofia utilitarista e, em negativo, a doutrina axiológica da separação entre direito e moral, que é, por assim dizer, a outra face do utilitarismo jurídico.

O princípio de “utilidade penal”, tal como foi formulado por Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e, mais extensamente, por Bentham,¹² é idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais – em coerência com a função preventiva da pena como *precautio laesionum*¹³ – apenas às ações reprováveis por “seus efeitos” lesivos a terceiros.¹⁴ A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal. O princípio axiológico da “separação entre direito e moral”, na primeira das três acepções do parágrafo 15.3, veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros. De fato, a confusão entre direito e moral não favorece o primeiro – do qual solicita a invasão totalitária, a prevaricação inquisitória e a arbitrariedade decisionista – e, tampouco, auxilia a segunda, que é tanto mais autêntica – segundo proclamam Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham e Humboldt¹⁵ – quanto menos fica confiada a medidas coercitivas e mais constitui-se em expressão de opções autônomas e incondicionadas.¹⁶

Disso deriva uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado. O primeiro limite vem ditado pelo *princípio de necessidade* ou *de economia das proibições penais*, expressado no axioma A3, *nulla lex poenalis sine necessitate*, do qual deriva, por exigi-lo a legalidade das penas e dos delitos, não só o princípio da pena mínima necessária – enunciado na tese T12, *nulla poena sine necessitate*, e analisado nos parágrafos 24 e 29.4 –, mas, também, o da máxima economia na configuração dos delitos – contido na tese T20, *nullum crimen sine necessitate*. “O uso das leis, as quais não são mais do que regras autorizadas” – escreve Hobbes –, “não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar estas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente... Portanto, uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa.”¹⁷ Ao que Beccaria acrescenta: “Proibir uma multiplicidade de ações indiferentes não é evitar os delitos que não podem surgir, mas criar outros novos”.¹⁸ E Bentham polemiza duramente contra a tendência de muitas leis do seu tempo castigarem um grande número de infrações fúteis e insignificantes.¹⁹ Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. Por isso, afirma Beccaria, remetendo a Montesquieu:²⁰ “Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico”. À diferença das

visões acentuadamente éticas do direito penal e das conseqüentes ilusões panpenalistas e terapêuticas que se afirmaram no século XIX,²¹ o pensamento liberal clássico parte, em síntese, do pressuposto já enunciado por Aristóteles de que as proibições, não menos do que os castigos, são um mal “artificial” ou “contra a natureza”,²² e conclui justificando-as apenas pela necessidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos.²³ É evidente o nexo deste princípio com o de reserva de lei, que deveria vetar ou, quando menos, obstaculizar a infração penal, e, por outro lado, com a função, já descrita, do direito penal mínimo como *ius necessitatis* e da pena como mal menor para quem a sofre e para a comunidade. Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as *proibições mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

O segundo limite deriva, por assim impor a secularização do direito e sua separação da moral, da consideração utilitarista da “necessidade penal” como “tutela de bens fundamentais” não garantizáveis de outra forma. E explicita-se no *princípio de lesividade*, que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do *resultado*, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais, requerida pelo axioma A3, fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio recolhido no nosso axioma A4, *nulla necessitas sine iniuria*, e na tese seguinte, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* (T13, T21, T28, T69). Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro,²⁴ e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi,²⁵ que vêem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. Assim, somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Naturalmente, nem o princípio de necessidade nem o de lesividade podem determinar com precisão a natureza e a quantidade do dano que impõem a necessidade, em cada caso, da proibição jurídica. Ou, mais especificamente, a penal e, mais minuciosamente ainda, a que toma a forma de delito e não de simples contravenção. De maneira análoga ao que temos visto ao tratar do problema dos fins da pena, também na hora de justificar “quando” ou “o que” proibir, o utilitarismo penal é uma doutrina ambígua, ou, quando menos, neutra, podendo favorecer sistemas de proibição máxima ou mínima, segundo se identifique como útil a máxima segurança possível ou a mínima restrição necessária da liberdade. Fórmulas como as de Bentham ou Mill, que outorgam às proibições penais a “finalidade única” de “evitar que haja prejuízo aos demais”,²⁶ no fundo, não acrescentam nada ao antigo preceito romano *neminem laedere*. Ao contrário, parece que, tal como sucede em relação a este, “giram no vazio”, posto que, como diz Alf Ross, “pressupõem tacitamente como realizado o que, todavia, deve ser demonstrado”.²⁷

Mas o princípio de lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a con-

cepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como “lesão”, “dano” e “bem jurídico” são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Mas isto significa também, inversamente, que um objeto “deve ser” (julgado e considerado como) um “bem” para que esteja justificada sua tutela penal; e, mais ainda, que o valor que ao mesmo associado deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja ofensa não decorra pena alguma. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretendem alcançar.

Por outro lado, o princípio da lesividade – por estar ligado ao de necessidade das penas e, com isso, à versão liberal da utilidade penal como mínima restrição necessária, e uma vez definidos seus parâmetros e alcance – é idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um. Nessa linha, o art. 4 da Declaração de Direitos de 1789 estabelece que a liberdade “consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os demais; desta forma, a existência dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão por lei”.²⁸ Historicamente, este princípio tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração, quando menos teórica, de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados *necessários* ou *fundamentais*.

2. A parábola involutiva da doutrina do bem jurídico: da tutela de direitos subjetivos à tutela do Estado

Os esforços da ciência penal moderna orientam-se, mesmo que sem grandes resultados, à definição destes interesses com a ilusória pretensão de encontrar-lhes um fundamento objetivo ou ontológico. Os conceitos nos quais, desde há dois séculos, subsumiram-se tais interesses e tem-se identificado em diversas formas a questão da lesividade são, mais ou menos, os de “dano penal”, “objeto do delito” e “bem jurídico”, que designam, respectivamente, a lesão de interesses, o interesse lesionado e o interesse protegido.²⁹ Por isso, a história destes conceitos coincide, em boa parte, com a história moderna do conceito de delito. E caracteriza-se por uma ininterrupta expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal.

Em sua origem – no pensamento iluminista que vai de Thomasius a Feuerbach e Humboldt, de Bentham a Condorcet, de Genovesi e Filangieri a Romagnosi, Pagano e Carmignani –, o objeto do delito tinha de ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa,³⁰ um dos bens fundamentais para cuja tutela, segundo Locke, nasce o

Estado e que são “a vida [...] os meios que são necessários para preservá-la, [...] a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens”.³¹ Esta acepção estrita foi, posteriormente, ampliada por J. M. F. Birnbaum, que, no entanto, continuou falando em sentido axiológico de “qualquer bem que deve ser tutelado pelo Estado, sempre que esta tutela geral não possa ser realizada mais do que por meio da ameaça de uma pena determinada”.³² Também para o pensamento da Escola Clássica italiana conserva uma inegável base empírica, designando, para Romagnosi, “uma coisa nociva para o bem-estar alheio”, para Pellegrino Rossi um “mal material” e para Carrara “o mal sensível que o delito produz ao violar o direito atacado”.³³

Na segunda metade do século XIX, no entanto, e em sintonia com a reação antiutilminista e antigarantista tantas vezes recordada, esses conceitos perderam toda função axiológica. Seu significado não só se amplia, senão que conhece uma radical alteração de seu referente empírico, que se desloca dos interesses individuais afetados para o interesse do Estado, concebido, inicialmente, como interesse na proteção do que este considera digno dela, e, mais tarde, simplesmente, como interesse na obediência ou na fidelidade. Uma vez mais é Hegel quem abre este processo de abstração e de idealização ético-estatalista: “O direito contra o delito”, nos diz, “é apenas direito *em si*... Em lugar da parte lesada aparece lesado o *universal*, que tem sua realidade própria no tribunal e que se encarrega da perseguição e do castigo do delito”, graças aos quais realiza-se “a verdadeira reconciliação do direito consigo mesmo... como reconciliação da lei que, por meio da eliminação do delito, se restitui a si mesma”.³⁴ Seguindo os passos de Hegel desapareceram progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiro, aos interesses e à vontade do Estado, e, depois, à simples idéia do direito e do Estado.

Assim, se para Jhering, Liszt ou Binding o conceito de bem jurídico encerra ainda uma entidade que é tal “aos olhos do legislador”, mas sempre externa ao direito e independente dele,³⁵ após as sucessivas orientações autoritárias de tipo teleológico, formalista ou tecnicista, esse conceito acaba por plasmar-se sobre o da norma jurídica, passando a designar “o fim” ou a *ratio* da lei penal, ou, inclusive, “o direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena”,³⁶ dilatando-se, indefinidamente, até compreender as situações mais vagas de “perigo abstrato” ou “presumido”.³⁷ Esta concepção idealista de bem jurídico fornece a base da classificação dos delitos no Código fascista de 1930, até o ponto de, ao comentar sua parte especial, o mais prestigioso dos penalistas italianos de nosso século identificar o objeto dos delitos de homicídio, lesões, coações, furtos e semelhantes já não com a *vida humana*, a integridade pessoal, a liberdade individual ou a propriedade privada, senão que, dando um giro de cento e oitenta graus, identifica-o com o “interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, especialmente, na vida humana” ou “na integridade física”, com o “interesse do Estado em garantir a liberdade individual na sua forma concreta de liberdade psíquica”, ou com o “interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais”³⁸ etc. Por outro lado, uma vez admitido que Estado e direito são valores éticos e fins em si mesmos, os conceitos de bem e de dano acabam por identificar-se com o que agrada, ou não, ao soberano. “Todo delito” – escreve, p. ex., Maggiore – “é, em definitivo, um delito de felonía, um *crimen laesae majestatis*”,³⁹ de forma que a justificação externa identifica-se com a legitimação interna e aconselha a criminalização da “mera desobediência”, precisamente por ser desobediência.

Por último, com o movimento espiritualista e irracionalista que se produziu na cultura alemã do início do século XX, o conceito de bem desmaterializa-se, definitivamente, transformando-se, de critério de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e auto-reflexivo de legitimação política dos interesses tutelados – e, com eles, das normas positivas –, diretamente assumidos como “valores ético-culturais”,⁴⁰ ou, simplesmente, como “valores”,⁴¹ cuja violação dá lugar a “comportamentos imorais”.⁴² Neste ponto, reproduz-se integralmente, em dimensão ético-formal, a confusão entre direito e moral, alcançando o conceito de bem jurídico o fim da sua parábola. Aos juristas nazistas, no marco do novo modelo acentuadamente ético e subjetivista do direito penal da vontade, não lhes restava senão decretar seu arquivamento e a coerente substituição pelos conceitos de “violação do dever”,⁴³ “desvalor da atitude interna”,⁴⁴ ou “infidelidade” ao Estado ou a seu chefe.⁴⁵

3. Para uma análise metateórica do problema do bem jurídico

Foi minha intenção analisar, sumariamente, esta deprimente evolução do conceito de bem jurídico porque reflete não só a involução autoritária sofrida pelo pensamento penal desde a época iluminista, com a progressiva perda do ponto de referência externo, mas, também, a extraordinária confusão de idéias que deriva sempre do delineamento desordenado dos problemas.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o renascimento de uma cultura penal liberal e democrática, o conceito de bem jurídico recuperou o seu caráter garantista, graças ao trabalho de um notável número de penalistas que, de um lado, restauraram sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas,⁴⁶ e, de outro, devolveram a relevância crítica e a função axiológica, ainda que seja apenas como limite interno referido a valores ou bens constitucionais.⁴⁷ Hoje, quando a confusão está de certa forma aclarada, é possível compreender como se originou – e como sobrevive em parte, seja como variante progressista do legalismo ético, tal qual o constitucionalismo ético, seja como identificação do horizonte axiológico do jurista com a constituição – a causa da não diferenciação entre as diversas ordens de questões que giram em torno do conceito de bem jurídico.

Estas questões, que correspondem a outros tantos níveis do discurso e que se caracterizam por um estatuto lógico e semântico diferente, são, na minha opinião, quatro: a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produzem um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem. A primeira destas quatro questões é ético-política; a segunda, jurídico-constitucional; a terceira, jurídico-penal; e a quarta, sociológico-empírica. Trata-se de questões descritivas, exceto a primeira, que é puramente axiológica, embora referidas a universos diferentes, como são a constituição, as leis ordinárias e a realidade social, mas a resposta a cada uma das três primeiras tem um valor axiológico em relação à seguinte. Finalmente, enquanto a primeira e a última refletem um ponto de vista externo – axiológico e fenomenológico, respectivamente –, a segunda e a terceira são expressões de uma perspectiva interna ao ordenamento e relativa, uma, ao que o direito

penal “deve ser”, partindo da constituição, e, a outra, ao que este “é”, partindo das leis. É supérfluo dizer que muitas das incompreensões, dos equívocos e das dificuldades características da discussão sobre o bem jurídico no direito penal decorrem do fato de que estas questões, que admitem respostas diferentes conforme investigações e argumentações de distinta ordem, são tratadas freqüentemente de forma promíscua.

Existe um segundo fator de deformação do problema do bem jurídico: a idéia de que uma resposta à questão axiológica externa sobre “o que proibir” tenha de fornecer um critério positivo de identificação dos bens jurídicos que requerem tutela penal e, portanto, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das proibições e das sanções penais. Essa pretensão está, talvez, na origem da inadequação da maior parte das definições do bem jurídico formuladas historicamente: ou são demasiado amplas, como as exageradamente éticas, que, ao apelar ao valor intrínseco do direito ou, inclusive, ao que se estima merecedor de tutela pelo legislador, caem em vazias petições de princípio; ou são demasiado estreitas, como as iluministas ou neo-iluministas que identificam os bens jurídicos como “direitos” ou “interesses individuais”, tornando-as inidôneas para justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos. Na realidade, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente – e não adiantaria nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode nos oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação – que não são somente a irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, senão, também, a desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal, a inidoneidade das penas na consecução de uma tutela eficaz, ou, inclusive, a ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida – para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente. Mas, por outro lado, isto é tudo o que se pede à categoria do “bem jurídico”, cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito.⁴⁸

4. O problema político ou externo do bem jurídico

Dos nossos quatro tipos de problemas, o primeiro refere-se à justificação externa ou ético-política das proibições penais. Sua distinção do segundo e do terceiro (relativos à legitimação interna ou jurídica das normas penais), é, na minha opinião, fundamental para não se cair em formas mais ou menos mascaradas de legalismo ético. Enquanto estas ordens de problemas continuarem sendo confundidas – uma de técnica normativa, as outras de ética descritiva –, observar-se-á, inevitavelmente, desde uma perspectiva legalista, a questão ético-política da justificação do conteúdo das proibições, e, ao contrário, os problemas jurídicos dos interesses e não interesses tutelados pelas leis positivas se afrontarão desde a ótica da justificação. Assim, a fórmula do “bem”, como a do “dano”, ou a da “lesividade”, girarão no vazio, subtraindo-se tanto a carga da justificação como a da identificação dos bens penalmente tutelados.

Uma doutrina sobre a justificação externa das proibições penais é, pois, uma doutrina não jurídica, senão política, modelada em torno de critérios de *política criminal*. E, à

medida que postula a correspondência entre prevenção de delitos e tutela de bens jurídicos, é, também, o complemento necessário da doutrina sobre a justificação externa da pena. Desde esta perspectiva, que é a do direito penal mínimo esboçada no capítulo 6, creio que podem ser oferecidos quatro critérios para uma política penal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e castigos.

O primeiro e mais elementar critério é o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao mesmo direito, entendendo por ataque não somente o *dano causado*, senão, também – por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal –, o *perigo causado*.⁴⁹ Entre os bens externos ao direito penal, cuja lesão é necessária, ainda que não suficiente, para a justificação das proibições penais, estão, por razões óbvias, todos os “direitos fundamentais”, quer dizer, não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde. Mas também hão de se incluir aqui bens que não são direitos, como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta. Em qualquer caso, deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição.⁵⁰

Este primeiro critério é, naturalmente, genérico e indeterminado, mas pode ser completado com a afirmação de que nenhum bem justifica uma proteção penal – no lugar de uma civil ou administrativa – se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena. E se é verdade que esta comparação não pode ser realizada de forma rigorosa, senão valendo-se de juízos de valor, isso não impede que possa atuar diante da crise inflacionária que hoje aflige a justiça penal como uma potente navalha descriminalizadora. Por outro lado, trata-se de um critério certo para reduzir a entidade das penas. Assim, pode-se afirmar, dada a relação que se busca entre lesividade do delito e afluência da pena, que a esfera dos interesses tuteláveis é tanto mais ampla quanto menor é o custo da pena. Nenhum bem, conforme o dito no parágrafo 29.4, justifica, por exemplo, a pena de morte para prevenir sua lesão. Por outro lado, enquanto as penas consistam, antes de tudo, em longas privações de liberdade, são poucos, apesar da sua anormal expansão nas legislações dos nossos dias, os bens cuja tutela penal seja justificável. Ao contrário, são muitíssimas as lesões que justificam curtas penas de prisão ou, melhor ainda, penas alternativas de limitação antes que privativas de liberdade. Isto significa que a diminuição das penas é condição necessária para justificar sua utilização como instrumento de proteção penal dos bens jurídicos. O limite mínimo infranqueável é, naturalmente, que a pena não se transforme, tal como acontece com as pecuniárias, num tributo, perdendo com isso toda eficácia dissuasória.

Contamos também com um posterior critério axiológico, correspondente a um diferente perfil utilitarista: as proibições não só devem estar “dirigidas” à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser “idôneas”. O princípio de utilidade e o de separação entre direito e moral obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual, previsivelmente, não derive a almejada eficácia intimidatória, em razão dos profundos motivos – individuais, econômicos ou sociais – de sua violação; e isso à margem do que se pense sobre a moralidade e, inclusive, sobre a lesividade da ação proibida. Pense-se, por exemplo, no aborto, no adultério, no concubinato, na mendicância, na fuga de presos ou na toxi-

codependência: sua proibição é inútil à medida que se demonstre que está vocacionada a não surtir efeito. Uma demonstração deste caráter requer uma nem sempre facilmente realizável comparação empírica entre os resultados lesivos constatados na presença e na ausência da sua qualificação como delitos. Por exemplo, na Itália, o número de abortos realizados antes e depois da descriminalização do aborto; ou, inversamente, o número de toxicodependências antes e depois da lei que as criminalizou. Está claro que, se a quantidade de fatos não penalizados não supera de forma relevante a dos penalizados, a introdução ou a conservação da sua proibição penal não responde a uma finalidade tutelar de bens que, aliás, resultam ulteriormente atacados pela clandestinidade de suas lesões, mas, tão somente, a uma mera afirmação simbólica de “valores morais”, oposta à função protetora do direito penal.⁵¹

Finalmente, uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens. Os resultados lesivos prevenidos pelo direito penal podem ser evitados, e, em muitos casos, mais eficazmente, por meio de medidas protetoras de natureza administrativa. O campo mais relevante de tais possibilidades é, sem dúvida, o dos delitos culposos. Os homicídios culposos causados cada ano por acidentes automobilísticos ou laborais poderiam ser reduzidos a partir da adoção de medidas preventivas mais eficazes e severas. Mas também no campo dos delitos dolosos abrem-se possibilidades relevantes de prevenção de caráter não penal: basta recordar a previsível redução do número de homicídios, especialmente nos Estados Unidos, onde não existe controle algum sobre as armas particulares, se fosse proibida não só a posse, senão também o comércio e a fabricação de todo tipo de armas. Sem mencionar o papel preventivo que caracteriza as políticas reformadoras, incidentes sobre as causas econômicas e sociais do delito. Não há dúvida de que uma política de defesa de bens penais que intervisse, de forma categórica, nestes casos não só poderia remover ou, quando menos, reduzir as situações que favorecem o delito, como, também, teria o efeito posterior de revalorizar os bens penais e de reforçar a justificação de sua tutela por meio da pena.

5. O bem jurídico entre normatividade constitucional, normatividade legal e efetividade do direito penal

A segunda das nossas quatro questões – “se existe”, em um determinado ordenamento, a exigência jurídica ou interna da lesividade de um determinado bem, e, inclusive, de “quais” bens, como condição de admissibilidade da proibição e punição de uma determinada conduta – suscita uma série de questões bem diferentes. Trata-se de questões plenamente jurídicas, que não admitem como resposta juízos ou opções axiológicas, senão asserções baseadas na análise jurídico-positiva, e que, em razão disto, variam de acordo com o ordenamento analisado. Por exemplo, em muitos sistemas socialistas o requisito da lesividade é enunciado expressamente nos códigos penais, onde figura, contudo, não como um elemento estrutural do delito, senão como uma condição em cuja ausência se produz uma eximente remetida à valoração equitativa do juiz.⁵² Em outros casos, como no italiano, a doutrina recente identifica o mesmo princípio, não reconhecido explicitamente, nos arts. 43 e 49 e parágrafo do Código Penal, que requerem, respectivamente, a existência e a possibilidade de um “resultado danoso ou perigoso” como elemento estrutural do delito.⁵³ Das duas soluções, que equivalem a formulações distintas da *garantia de lesividade*,

é, talvez, preferível a segunda, desde que sob a condição de que seja formulada pela lei, não nos restritos termos do art. 49 – que a subordina à “idoneidade da ação” ou à “inexistência do objeto” –, senão mediante a aberta aceitação de que a concretização do dano ou do perigo determinados são elementos constitutivos de todo delito.⁵⁴

Há controvérsias sobre se o citado princípio tenha, no ordenamento italiano, respaldo constitucional. É certo que nossa Constituição, ainda que sujeitando o conteúdo das proibições penais ao respeito a outros princípios (da liberdade, da igualdade etc.), não contém norma alguma que enuncie expressamente a garantia de lesividade. Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.⁵⁵ Isso não quer dizer que não seja desejável uma explícita formulação constitucional dessa garantia tanto diante do legislador, impedindo-lhe o recurso a proibições penais destituídas de bem jurídico, como diante do juiz, excluindo a responsabilidade penal por condutas formalmente proibidas mas desprovidas, em concreto, de resultado danoso ou perigoso.

O tema delineado na nossa terceira questão é totalmente distinto: se, e em que medida, um sistema jurídico como o italiano satisfaz normativamente o princípio de lesividade, em cumprimento, ou não, das ordens constitucionais. Lamentavelmente, essa questão é respondida de forma negativa. Tal como se verá na quarta parte, nosso sistema penal, pelo Código Rocco, caracteriza-se por uma tríplice inflação dos “bens” penalmente protegidos. Encontramos, em primeiro lugar, uma proliferação quantitativa dos interesses tutelados, já que, por um lado, assumem-se funções autoritárias mediante o incremento de delitos sem dano – é o caso de ofensas a entidades abstratas, como a personalidade do Estado ou a moralidade pública – e, por outro, aumentam-se incontroladamente os delitos contravencionais e, inclusive, de bagatela, freqüentemente representados por meras desobediências. Em segundo lugar, tem-se produzido uma ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à “criação” judicial. Pense-se, para citar apenas dois exemplos, nos diferentes delitos associativos ou nas variadas figuras de periculosidade social. Em terceiro lugar, temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como “atos preparatórios”, “dirigidos a”, ou “idôneos para pôr em perigo” ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio – desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes – ou de delitos de opinião contra a religião.

O resultado de tal inflação, apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de “bem penal” como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a casualidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato, à desvalorização da idéia mesma de “bem” e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal. A análise dos bens, valores ou privilégios legalmente tutelados reveste-se de uma relevância não só científica senão também política, pois proporciona o pres-

suposto de toda valoração crítica e de toda consideração de reforma do direito vigente. Se é certo, como escrevera Jhering, que “a tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais” e que, “colocando de um lado os bens sociais, e, de outro, as penas, consegue-se chegar à escala dos valores da sociedade”,⁵⁶ é difícil negar o caráter pletórico, antiliberal, irracional, tendencialmente classista, e contrário à Constituição, da escala de bens tutelados por nosso direito penal, em contradição com o escasso valor outorgado à liberdade pessoal, cerceada, inclusive, em face da prática de infrações levíssimas.

A quarta questão, finalmente, é, em tudo, independente das anteriores: se, e em que medida, o direito penal protege efetivamente os bens jurídicos legalmente tutelados. Trata-se de uma questão empírica de tipo sociológico, que deve ser resolvida sobre a base já não do que dizem as normas, senão do que, de fato, ocorre. Tem-se dito que uma investigação deste tipo é mais que problemática, devido à impossibilidade de atestar os êxitos oriundos da utilização do direito penal, isto é, os males que prevê, e não apenas os fracassos, ou seja, os males não evitados e os custos da pena. Em consequência, terá de se servir, onde não se disponha de dados estatísticos coincidentes com as mudanças legislativas, de estudos de direito comparado, ademais de hipóteses oferecidas por investigações psicológicas e sociais de tipo extrapenal. Embora aproximativos e hipotéticos, seus resultados constituem a base de toda aproximação crítica à questão dos bens penais e de qualquer política criminal dirigida à sua tutela.

6. Bens jurídicos fundamentais e proibições mínimas necessárias

Em se chegando a este ponto, é-nos possível compreender a inevitável divergência entre o princípio político da lesividade, incorporado aos ordenamentos avançados como garantia, inclusive constitucional, que exige do direito penal a tutela dos bens “fundamentais”, e a natureza da proteção normativa, ou, mais ainda, efetiva, dispensada pela lei penal e por sua aplicação. Esta divergência debilita o valor dos fins justificadores ou externos do direito penal e, ali onde o princípio de lesividade tenha sido acolhido pelo ordenamento como garantia jurídica, enfraquece, também, os internos, constituindo, como tal, um fator de ilegitimidade, tanto política quanto jurídica. Por outro lado, representa o objeto de estudo central de uma doutrina garantista do bem jurídico. As múltiplas falácias ideológicas de que adoece as doutrinas e as discussões em torno do bem jurídico derivam, de fato, da incompreensão desta divergência e da confusão entre os diversos níveis do discurso. Disso decorre que ou nos submetemos à doutrina normativa do bem jurídico, ignorando a realidade das leis e da prática penal e mistificando a primeira como descritiva da segunda, ou registramos descritivamente os bens tutelados, ou não, pelas leis vigentes e pela prática, obliterando sua dimensão axiológica violada e, com isso, os perfis de ilegitimidade política e jurídica.

Somente analisando a divergência entre normatividade e efetividade da proteção penal dos bens é possível captar, nos diversos níveis em que aquela se manifesta, os aspectos de ineficácia da primeira e de ilegitimidade da segunda. Esses aspectos, como vimos, dependem, essencialmente, da desproporção entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e o valor dos bens atacados pelo delito, assim como da distorcida escala de valores que se reflete na graduação das penas prevista para cada um deles; por conseguinte, conforme uma reelaboração da hierarquia dos bens estimados merecedores de tutela e, em relação a ela, das penas proporcionadas para tal fim. Um programa de

direito penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica. É possível, também, que nesta reelaboração fique evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas: por exemplo, a introdução de um delito específico de tortura (exigência expressa do art. 13, par. 4.º, da Constituição) diante da tendência jurisprudencial de ludibriar sua punição⁵⁷ ou a criação de novos delitos ambientais. Entretanto, nosso princípio de lesividade, tal como resulta dos critérios já comentados, atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas. Agora irei me referir, em particular, a três classes de delitos a respeito dos quais se realiza esta função restritiva e minimizadora.

A primeira restrição é de caráter quantitativo. Afeta os delitos de bagatela, que não justificam a existência nem do processo penal nem da pena:⁵⁸ em particular, haveria possibilidade de se descriminalizar, em nome da máxima economia das proibições penais, toda a categoria das contravenções, e, junto com ela, a dos delitos puníveis exclusivamente com pena pecuniária, ou, alternativamente, com outra privativa de liberdade. Parece claro, pelas considerações expostas no parágrafo 31.4 sobre a natureza das penas pecuniárias, que, se o legislador configura um delito como contravencional e/ou prevê para ele uma sanção desse tipo, coloca de manifesto que não considera que a conduta ilícita seja lesiva de bens fundamentais e que o direito penal é um instrumento desproporcionado para preveni-lo. Pode-se dizer, em outras palavras, que nenhum bem considerado fundamental a ponto de justificar a tutela penal pode ser monetarizado, de forma que a mesma previsão de delitos sancionados com penas pecuniárias evidencia ou um defeito de punição (se o bem protegido é considerado fundamental) ou, mais frequentemente, um excesso de proibição (se tal bem não é fundamental). A supressão desse enorme número de delitos provocaria, entre outras coisas, uma extraordinária simplificação e racionalização do sistema penal. Reduziria a esfera de inevitáveis hipóteses de erro de proibição, declarada corretamente pela Corte Constitucional italiana como escusável. Ademais, superar-se-ia toda a complexa problemática teórica originada pelas “sanções substitutivas” aplicáveis, com discutível discricionariedade, como alternativa à pena. Finalmente, a relação entre delito, processo e pena ganharia um aspecto mais linear e uniforme: crimes seriam apenas os delitos, com seus necessários requisitos subjetivos e objetivos; as penas seriam somente as restritivas de liberdade, privativas, ou não; e o processo seria apenas o procedimento dirigido a limitar a liberdade pessoal, em favor da tutela de bens penais fundamentais.

A segunda restrição é de caráter qualitativo. Dentre as inumeráveis abstrações catalogadas no Código Rocco como “bens jurídicos” e como rótulo de outras tantas classes de delitos – a personalidade do Estado, a administração pública, a atividade judicial, a religião do Estado, o respeito para com os mortos, a ordem pública, a fé e a economia pública, a indústria e o comércio, a moralidade e os bons costumes, o pudor e a honra sexual, a integridade da estirpe, a família, o matrimônio, a moral e os deveres de assistência familiar, o patrimônio e, só em último caso, a integridade física das pessoas –, nosso princípio de lesividade permite considerar “bens” somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso. O grupo de normas que chama mais a atenção, por injustificado, tem sido, na Itália, produzido largamente pela codificação fascista

e pela recente legislação de emergência sob a etiqueta de “delitos contra a personalidade do Estado”. À medida que o Estado, num ordenamento democrático, não constitui um bem ou um valor enquanto tal, esses delitos – descritos normalmente em termos vagos e valorativos e, por isso, opostos ao princípio de estrita legalidade – resultam, na maior parte dos casos, sem objeto, perdendo, portanto, sua razão de ser. Alguns, como os delitos de associação para delinquir, os atentados ou os desacatos, são apenas formas agravadas de outros delitos ou tentativas dos denominados delitos “comuns”; outros, como os ultrajes e todos os delitos de opinião, dirigem-se a tutelar privilégios ou imunidades que contradizem os princípios de liberdade e democracia e que, mais ainda, não constituem bem algum para ninguém e muito menos para o cidadão comum. Pode-se fazer um discurso análogo em torno de muitos outros delitos não lesivos a terceiros, e certamente não evitáveis com a pena, contra os quais se dirigiram os iluministas antes mencionados, seja em nome do princípio de utilidade, seja em nome da separação entre direito e moral: é o caso da prostituição, dos delitos *contra natura*, da tentativa de suicídio e, em geral, dos atos praticados contra si mesmo, desde a embriaguez até o uso de entorpecentes.⁵⁹ O mesmo ocorre, segundo veremos no próximo parágrafo, com todas as condutas em que a ação carece de materialidade. Finalmente, em certos delitos patrimoniais, como o furto ou a fraude, a natureza eminentemente disponível do bem ofendido deveria justificar, e assim se argumentará no parágrafo 39.4, a exigência de ação privada ou pelo menos de representação da vítima.

A terceira restrição tem caráter estrutural e é consequência da modificação, também estrutural, que o requisito de lesividade impõe à maior parte dos delitos. Refiro-me, principalmente, aos delitos de atentado, definidos no Código Rocco como “atos dirigidos a” determinado resultado – incluindo-se, aqui, também, os atos preparatórios e a cogitação, independentemente do perigo a que os bens afetados estiveram sujeitos – e que viriam a reformular-se como “atos idôneos para” produzir tais resultados, com o que ficariam transformados em mera “tentativa” e, com isso, suprimidos, ao estar prevista a tentativa, de forma geral, para todos os delitos.⁶⁰ O mesmo pode-se dizer dos denominados “delitos de perigo abstrato” ou “presumido”,⁶¹ nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como “perigo” que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.⁶² Mas para alguns desses delitos – como os de associação, conspiração, instigação em relação a certos delitos contra a segurança interior do Estado, provocação, insurreição, guerra civil – é impossível uma transformação em figuras de perigo concreto sem adentrar em esquemas normativos informados pelo tipo de autor.⁶³ É oportuna, pois, sua supressão, porque, como se provará nos parágrafos 43.3 e 54, implicam duplicar a responsabilidade pelos delitos comuns, dos quais são apenas um meio, operando, de fato, como delitos de “suspeita” que ocupam o lugar de outros mais concretos, não submetidos a juízo por falta de provas, com a consequente violação de todas as garantias processuais.

Em conclusão, o princípio de lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de

tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a “fraude de etiquetas”,⁶⁴ consistente em qualificar como “administrativas” sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

34. O PRINCÍPIO DA MATERIALIDADE DA AÇÃO

1. Exterioridade da ação e utilitarismo penal. O nexa causal entre ação e resultado

O segundo requisito substancial, não menos importante do que a lesividade, exigido pelo nosso sistema SG de justificação do “quando” e do “que” proibir, encontra sua expressão no *princípio da materialidade*, enunciado no axioma A5, *nulla iniuria sine actione*, bem como nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*. De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação.⁶⁵ Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal.

Os fundamentos deste princípio, também fruto da elaboração iluminista, são os mesmos que encontramos como fundamento da garantia de lesividade: o utilitarismo jurídico e a separação axiológica entre direito e moral. O primeiro deles é o critério de utilidade: somente as ações externas, e não os “atos internos” – afirmam Pufendorf e Thomasius –, podem produzir danos a terceiros; os atos internos, isto é, os pensamentos e as intenções, da mesma forma que os “vícios” e a “maldade de ânimo”, não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado em sua punição,⁶⁶ nem se preocupa em vingá-los. Com este ponto de partida, é necessária uma relação de *causalidade* entre a ação e o resultado danoso (ou perigoso), cujos elementos serão configurados pela dogmática do século XVIII como requisitos essenciais do denominado “elemento objetivo” do delito.⁶⁷ Esta relação encontra-se indissolúvelmente vinculada ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, posto que somente a ação externa está em condições de produzir uma modificação do mundo exterior qualificável de lesão. A materialidade, ou exterioridade da ação criminal, é, assim, um pressuposto necessário da lesividade ou da danosidade do resultado, caracterizado, por sua vez, como um fato empírico externo que se distingue da ação, como acontece nos chamados “delitos de resultado”, ou que se identifica com ela, como nos chamados delitos “de mera atividade”. Ao mesmo tempo fica excluída do nexa causal, assim considerado, toda forma de responsabilidade objetiva “por fatos de outro” ou “por caso fortuito”, hipóteses muito mais de ausência de ação do que de ausência de culpa.

Existe mais um argumento utilitarista, radicado especificamente na base do princípio de materialidade da ação criminal e do consequente veto à proibição de atos internos. Uma proibição pode ser inútil não só porque o ato proibido não ocasiona dano algum mas também porque não serve para impedi-lo. Assim acontece quando a absoluta

impossibilidade de controlar sua inobservância condena-a a ser ineficaz.⁶⁸ A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e com o próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei.

2. Exterioridade da ação e separação entre direito e moral. A soberania da consciência

O segundo fundamento, bem mais importante no plano ético-político, trazido pelo Iluminismo penal ao requisito da materialidade da ação criminal é o princípio axiológico de separação entre direito e moral. Já se falou das teses de Hobbes, Pufendorf, Bentham e de todo o pensamento laico e liberal sobre os limites do direito no que concerne à moral, por força dos quais nem todos os pecados devem ser proibidos, já que não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral. Essa tese encontra, nos princípios de exteriorização dos atos suscetíveis de proibição penal e de reserva dos atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral, seus dois corolários mais relevantes política e eticamente. De fato, se a valoração da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade⁶⁹ é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. Observado *em sentido negativo*, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do *cidadão*, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela da sua *liberdade interior* como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua *liberdade exterior* para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado *em sentido positivo*, traduz-se no respeito à *pessoa humana* enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua *dignidade pessoal*; à *igualdade* dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal.

Mais tarde, a propósito da questão “como julgar”, voltaremos a discorrer sobre as enormes implicações desta garantia fundamental referente às formas e à estrutura do juízo. Pretende-se, agora, colocar em evidência o regime rígido e nítido, certamente mais límpido e seguro do que o do dano, que o princípio de materialidade da ação introduz na esfera das proibições penais. “Cogitationis poenam neminem moereri”, escreveram Grócio e Thomasius, parafraseando uma antiga máxima de Ulpiano.⁷⁰ “As leis só se encarregam de castigar as ações exteriores”, afirma Montesquieu, que estima ser “um ato tirânico” o castigo da simples intenção homicida.⁷¹ E Schopenhauer dirá mais tarde que “o Estado não pode impedir ninguém de manter um constante propósito de homicídio ou de envenenamento” e “não compreende os fatos (consumados ou tentados), senão em razão das suas

consequências: o prejuízo que o outro sofre. O fato, o acontecido, é a única realidade para o Estado; a intenção, a vontade, não se levam em conta senão na medida em que servem para explicar a natureza e a significação do fato”.⁷² Em suma, existe um âmbito da vida pessoal intocável pelo poder estatal e resguardado do controle público e da vigilância policial: não apenas as intenções e os projetos, mas, também, com maior razão, os erros do pensamento e a opinião que, segundo diz Hobbes, são exculpáveis ao máximo, posto que “é impossível que um homem erre de propósito”.⁷³

O que o pensamento iluminista subtrai à criminalização e ao controle é, sobretudo, o interior da pessoa em seu conjunto, quer dizer, sua alma ou sua personalidade psicofísica. Mas, como veremos, na segunda metade do século XIX, devido à ação convergente das doutrinas idealistas, positivistas, éticas, espiritualistas e, nas suas diversas formas, estatistas, aquela voltará a ser, uma vez mais, objeto de qualificação, inquisição e tratamento penal sob as modernas etiquetas da “periculosidade”, da “capacidade de delinquir”, do “caráter do réu”, do “tipo criminal”, da “infidelidade” ou de outras semelhantes. “Cogitatio delectabilis de peccato aliquo, cupiditas, desiderium... vitia animi” não devem interessar ao direito, afirma Pufendorf.⁷⁴ E Thomasius estabelece uma fronteira intransponível à invasão do Estado na esfera moral, intelectual, religiosa, sentimental, que se constitui em elemento comum a toda a cultura política do Iluminismo.⁷⁵ Essa fronteira, definida pelo requisito da materialidade da ação, será firmemente defendida, uma vez mais, pela Escola Clássica, diante dos ataques da Escola Positiva: contra a idéia, propagada pelos positivistas, de que os delinquentes são uma espécie dentro do gênero humano, Enrico Pessina reafirmou o princípio – mais igualitário do que liberal – segundo o qual “o homem delinque não *pelo que é*, senão *pelo que faz*”.⁷⁶

Nenhuma outra doutrina filosófica, na minha opinião, realizou uma tarefa histórica de secularização e de liberalização do direito penal como a do utilitarismo e a conexas da separação entre direito e moral. Sobre a base dos dois requisitos de danosidade para terceiros e de exteriorização da ação, não só a proibição dos atos internos, das intenções, dos vícios e das opiniões, mas também a de uma quantidade incomensurável de comportamentos e de inclinações desviantes, tradicionalmente punidos em homenagem à equivalência pré-moderna entre delito e pecado, foi submetida pelo pensamento penal iluminista a uma crítica dissolvente que não tem precedentes, nem voltará a se repetir na história da cultura jurídica. Foi o que se deu, primeiramente, com a heresia, o sacrilégio, a blasfêmia e, em geral, com as ofensas à religião, a propósito das quais Hobbes, Thomasius, Locke, Montesquieu, Beccaria e Voltaire escreveram, em total sintonia, que não cabe ao homem vingar a divindade, que aquilo que ocorre entre o homem e Deus é competência deste e que merece sanção apenas religiosa e ultraterrena.⁷⁷ Depois foi a vez da magia e da bruxaria, nas quais Thomasius não vê nem o *corpus delicti* nem outros elemento de prova,⁷⁸ e cuja acusação não se refere diretamente, segundo Montesquieu, “às ações de um cidadão, mas, pelo contrário, à idéia que se tem de seu caráter”.⁷⁹ Após, a criminalização da bigamia, bem como a do adultério, foram questionadas, tendo sido consideradas tanto por Thomasius como por Beccaria e por Voltaire como sendo comportamentos imorais, mas nunca delituosos.⁸⁰ Finalmente, a contestação atinge os delitos políticos de lesa-majestade e os de “expressão”, etiquetados por Montesquieu como fonte de despotismo e de falta de liberdade,⁸¹ e como condutas apenas suspeitas ou puramente preparatórias, cuja punição, nos diz Humboldt, “atenta contra a liberdade dos cidadãos”.⁸²

3. Exterioridade da ação e estrita legalidade penal. Certeza penal e prova

Se o valor político do princípio de materialidade da ação reside na tolerância para com o diferente e na tutela da liberdade de consciência, seu valor jurídico radica em sua insubstituível função garantista, isto é, no fato de que somente graças a ele pode-se configurar o princípio de legalidade como princípio de *estrita* legalidade. Voltaremos a falar mais extensamente sobre este tema ao tratar dos problemas de “como proibir” e “como julgar”. Mas já ficou claro, conforme a análise realizada no capítulo 3, que existe uma correlação biunívoca entre o princípio de legalidade – tanto no sentido amplo como no estrito – e o de materialidade. E isso porque a exterioridade e a materialidade, que supõem necessariamente a legalidade em sentido amplo – sem a qual a ação punível não estaria predeterminada – é, por sua vez, pressuposto da legalidade em sentido estrito, à qual confere o papel específico de garantia de certeza, que, como se expôs, é o de uma regra semântica da linguagem normativo-penal que prescreve a taxatividade das proibições legais.⁸³ Com efeito, à diferença dos estados de ânimo ou das inclinações, as ações, tanto comissivas quanto omissivas, são acontecimentos empíricos, taxativamente descritíveis, cuja verificação é questão de fatos e não de valores, e pode ser expressada por meio de asserções verificáveis e refutáveis no sentido comentado nos parágrafos 9 e 10.

Essa função processual-garantista do requisito da materialidade da ação como pressuposto da verificabilidade da acusação foi reivindicada por Montesquieu,⁸⁴ Beccaria,⁸⁵ Condorcet⁸⁶ e, sobretudo, por Hobbes: “Mas não há lugar para acusações humanas quando se trata de intenções que nunca se manifestam num ato externo”; delitos são, diz Hobbes, “somente aqueles pecados que podem ser exibidos perante um juiz, e não os que não passam de meras intenções”,⁸⁷ não suscetíveis, como tais, de indagação nem de prova. O autor do *Leviatã* extrai deste princípio uma possível aplicação aos delitos políticos de atentado ou aos de perigo abstrato que seria impensável encontrar, hoje, nas sentenças da República italiana: “Não me é fácil conceber como um jurado pode inferir do fato de proporcionar ou comprar armaduras, ou de comprar pólvora, ou de qualquer outro ato manifesto que não seja em si mesmo traição, um desígnio de assassinar o rei, a menos que também apareçam algumas palavras que revelem com que fim se realizou semelhante provisão. Por conseguinte, assim como o júri há de basear seu juízo sobre a existência ou não de um propósito em relação à matéria completa, palavras e fatos, deve, também, em razão disso, emitir seu veredicto da mesma forma”, com a advertência de que, “quando se interrogam testemunhas apenas acerca de palavras, nunca ou muito raramente seus testemunhos estão acordes quanto às palavras que juram ter ouvido”.⁸⁸

4. A evolução histórica da teoria da ação e as múltiplas vias do substancialismo moderno: naturalismo e idealismo

Fica, pois, claro que o princípio de materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias. Em que medida este princípio, teorizado pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII como condição fundamental de justificação externa das proibições penais, tem sido incorporado como garantia normativa nos modernos ordenamentos? Há de se reconhecer que isso ocorreu, geralmente, de forma sumária e insatisfatória. A Constituição italiana, por exemplo, da mesma forma que nosso Código Penal, refere-se, de forma genérica, não

à “ação” senão ao “fato”, termo que, apesar dos louváveis esforços doutrinários para fundamentar uma interpretação o mais restritiva possível, é idôneo para todos os usos.⁸⁹ Por outro lado, embora se reconheçam “os direitos invioláveis do homem”, não se contempla dentre eles o que deveria ser o mais importante: o direito a ser ele mesmo e de continuar sendo – isto é, o direito à liberdade interior e à própria identidade, perversa, imoral ou perigosa –, que resta prejudicada ante a finalidade reeducativa que o art. 27 outorga à pena. Sobre essa base, fica claro que tem sido possível a convivência – com contrastes, sim, mas não estridentes – da Constituição e de um ordenamento penal no qual, como se verá na quarta parte, a legislação fascista acolheu amplamente – e a republicana, posteriormente, desenvolveu – os tipos penais de autoria e as categorias subjetivas como a periculosidade, a capacidade para delinquir, o fim da ação, o arrependimento etc.

Um sistema normativo deste tipo é fruto natural de uma cultura penal que obscurece e, inclusive nos momentos mais sombrios deste século, inverte os princípios iluministas analisados, começando pelo princípio normativo de separação entre direito e moral, negado nos últimos cem anos em nome de opções substancialistas informadas, segundo os casos, por ontologias naturalistas, idealistas ou, em suas diversas manifestações, éticas. As transformações da teoria da ação são, desde este ponto de vista, não menos desoladoras que as da teoria do bem jurídico que recordei no parágrafo 33.2. Também neste caso, a ruptura com a tradição iluminista ocorre no final do século passado, quando tomam corpo os projetos políticos de controle social disciplinatório, que suportam mal a estreiteza do princípio de legalidade e da natureza externa da ação, orientando-se para formas de subjetivação do direito penal. É quando, então, o poder punitivo e policial desenvolve a pretensão de converter-se no olho clínico e na terapia social, dirigido não às ações, senão aos sujeitos desviantes. E é com a elaboração não só das doutrinas mas também da legislação correcionalista e de medidas de segurança que a orientação do controle penal passa dos corpos às almas, segundo descreve incisivamente Michel Foucault no seu célebre *Surveiller et punir*, apesar de inúmeros autores fazerem referência, equivocadamente, ao momento de transição do *Ancien Régime* para o Estado moderno. De fato, somente a progressiva consolidação da ordem social e política burguesa acabou com a virtualidade libertária do pensamento iluminista, que tinha teorizado a não intromissão do Estado na consciência dos indivíduos, a intangibilidade da esfera intelectual e moral das pessoas, e sua imunidade não só diante do castigo, senão, também, diante da vigilância estatal.

O princípio de exterioridade ou materialidade da ação punível sofre, no final do século passado, dois ataques concêntricos, ambos de caráter substancialista e subjetivista, ainda que de inspiração política e ideológica opostas. De um lado, a relevância da ação fica desvalorizada nas doutrinas positivistas do *delinquente natural* e da defesa social, que valorizam a figura subjetiva da periculosidade, ancorando-a mais na natureza psicofisiológica do sujeito do que na sua ação, e considerando a desviação como patologia anti-social, que deve ser enfrentada com medidas correccionais e/ou de prevenção.⁹⁰ Essa é a orientação inspiradora, no século XIX, de toda a legislação de polícia contra sujeitos e classes perigosos: as medidas de prevenção e as de segurança, as disposições contra as pessoas “suspeitas” e todas as demais medidas *extra delictum* das quais falarei no capítulo 11. E uma orientação análoga, embora responda a premissas ideológicas totalmente distintas, é a que inspira o modelo de direito penal soviético, baseado, igualmente, na desvalorização determinista da ação e da culpabilidade, na preeminência outorgada com ex-

clusividade à danosidade e à periculosidade social dos desviados e na função correccional e curativa da pena, concebida como medida técnica de defesa social.⁹¹

Por outro lado, adquire elevada importância, sobretudo na Alemanha, um complexo processo doutrinário que assiste à progressiva subjetivação do conceito de ação, até diluir-se na doutrina nazista do *tipo de autor*. A primeira etapa desta evolução é, seguindo sugestões neokantianas e da filosofia dos valores, a consideração da ação como ato dotado de “significação social”. A fase seguinte é a do conceito “finalista” da ação de Welzel, que responde à idéia de que a ação humana não é um fato objetivo, mas que comporta uma finalidade e é avaliável e relevante apenas enquanto subjetivamente orientada a fins. Por último, paralelamente à dissolução do conceito empírico de resultado lesivo, produz-se a obliteração da ação, reduzida a simples sintoma da personalidade do delinqüente: é a conclusão a que chegam as doutrinas da Escola nazista de Kiel, que dissolvem o elemento objetivo no desvalor, inicialmente, da ação e depois da vontade, dentro de um contexto de subjetivação integral do direito penal como instrumento de simples repressão da subjetividade desleal.⁹²

Em ambos os casos, as vias do substancialismo coincidem, como sempre, com as do subjetivismo: por um lado, delinqüente nato e tipo criminológico; por outro, personalidade inimiga ou desleal e tipo normativo de autor. A crise da ação como garantia marca uma desvalorização da pessoa humana, degradada à categoria de espécie animal, em um caso, e sublimada e negada, no outro, por meio da sua identificação com o Estado. Trata-se da restauração de um substancialismo laico, que substitui o substancialismo jusnaturalista pré-moderno, mas que volta a descobrir o *malum in se* na pessoa desviada: e isso não como oferta à velha moral religiosa e ultraterrena, senão às leis da evolução e seleção do organismo social ou, pior ainda, à ética ou à mística do Estado.

Essa alteração substancialista e subjetivista do direito penal representa o legado mais duradouro das experiências totalitárias dos anos trinta. Como veremos na quarta parte, a desvalorização finalista da ação e/ou do resultado, e, mais em geral, a subjetivação das formas de desviação constituem, de fato, os traços distintivos do subsistema penal de polícia e do atual direito penal de emergência. Por outro lado, nosso ordenamento não só tem mantido, senão que tem multiplicado os tipos de perigo abstrato, ora integrados não por “atos (objetivamente) idôneos para”, senão por “atos (subjetivamente) dirigidos à” produção de resultados lesivos, ora definidos ou agravados genericamente pelo “fim” (por exemplo, de subversão ou terrorismo) ou pelo “objetivo de cometer” determinados delitos. Além disso, as conotações substancialistas e subjetivistas da pessoa – sua periculosidade ou, inversamente, seu arrependimento – têm penetrado, também, no processo e na pena como critérios de decisão sobre a prisão provisória na fase de instrução e sobre a redução da pena na fase de execução. Isso tem produzido, como veremos, uma profunda transformação, no sentido administrativo e preventivo do sistema penal inteiro, com a conseqüente alteração, em sentido policial, da função judicial.

35. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE. A EXIGIBILIDADE

1. Os modelos arcaicos de responsabilidade objetiva e as vicissitudes do princípio da culpabilidade

A terceira condição material requerida pelo modelo garantista, como justificação do “quando” e do “que” proibir, é a da culpabilidade. No sistema SG, expressa-se no axioma

nulla actio sine culpa e nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 e T30). Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Da mesma forma que as outras garantias penais, ou quiçá mais, este princípio é, também, uma conquista moderna ignorada pela maioria dos ordenamentos primitivos. Na fase arcaica e jusprivatista do direito penal, quando a pena era considerada “vingança de sangue”, encomendada como direito-dever à parte ofendida e ao seu grupo familiar, a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes, como conseqüência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer das suas intenções.⁹³ Assim, no primitivo direito grego, a punição prescindia da voluntariedade do delito e, em razão de uma necessidade fatal que não distingue culpáveis de inocentes, pode alcançar não somente o ofensor, como, também, outros membros de seu círculo de parentes.⁹⁴ O mesmo pode-se dizer do direito hebreu, que não distinguia sequer entre delitos intencionais e acidentais e previa penas, também, para os filhos e descendentes do réu até a sétima geração.⁹⁵ Inclusive na Idade Média, no antigo direito germânico, a vingança recaía sobre o ofensor e seus agregados, e, quando não dava lugar ao confronto armado, era resolvida por meio de um pacto privado, em que a indenização era incumbência do réu e de seus parentes, representando pouco mais que um ressarcimento do dano, independentemente da voluntariedade da ação.⁹⁶ Nem mesmo o caráter humano e individual do autor do delito tem sido considerado sempre como condição necessária da responsabilidade penal: tanto em épocas remotas como em tempos recentes, os processos contra animais e defuntos⁹⁷ foram freqüentes; e não apenas as pessoas físicas, mas também as entidades e as *universidades* têm sido consideradas, com freqüência, na Idade Média, e, inclusive, nos séculos XVII e XVIII, como possíveis sujeitos do direito penal.⁹⁸ Em conclusão, a igualdade e a identidade subjetiva de todos os seres humanos no âmbito penal é uma conquista relativamente recente. Assim, por exemplo, e deixando de lado os diferentes privilégios e imunidades penais que abundam no direito pré-moderno, as mulheres têm sido, por muito tempo, consideradas inferiores, sujeitas a responsabilidade atenuada “quia minus rationis habent, quam masculi”.⁹⁹

Esses confusos modelos de responsabilidade objetiva, solidária, impessoal, corporativa, desigual são, contudo, praticamente desconhecidos do direito penal romano, no qual o princípio de culpabilidade e de responsabilidade pessoal foi consagrado por uma lei de Numa Pompílio e perdurou na doutrina e na jurisprudência, salvo contadas exceções, até a compilação justinianéia.¹⁰⁰ Passando-se da tradição romana à cristã,¹⁰¹ o princípio foi teorizado pelo pensamento penal iluminista,¹⁰² para depois ser reelaborado organicamente pela dogmática do século XIX e codificado em todos os ordenamentos modernos. O que não quer dizer, porém, que tenha sido uma conquista pacífica e nítida. Ao contrário, veremos como desde o fim do século passado vem se produzindo uma crise regressiva da categoria da culpabilidade, envolvida ou negada em distintas formas, em sede teórica e normativa, por obra de doutrinas e ordenamentos autoritários que tendem a debilitá-la, a integrá-la ou a substituí-la pela “periculosidade” do réu e por outros meios de qualificação global de sua personalidade, como são a capacidade para delin-

qüir ou a culpa de autor. Além disso, também o pensamento iluminista tinha ressaltado uma discrepância fundamental no que se refere à relevância atribuível ao elemento psicológico do delito, entre duas posições extremas: uma totalmente *subjetiva*, a outra por completo *objetiva*. Assim, enquanto Kant defende que as penas devem ser medidas de acordo com a “maldade interna dos criminosos”,¹⁰³ Beccaria manifesta uma singular incompreensão do elemento subjetivo do delito: “A única e verdadeira medida dos delitos é o dano ocasionado à nação, e, por isso, equivocaram-se os que acreditaram que o era a intenção de quem os comete... A gravidade do pecado depende da impenetrável malícia do coração. Esta não se pode, sem revelação, ser alcançada por seres limitados; como, pois, se a tomará por norma para castigar os delitos?”¹⁰⁴

Essas crises e oscilações teóricas são manifestação das numerosas hipóteses filosóficas e das enormes dificuldades conceituais que têm gravitado sempre sobre a idéia da culpabilidade, do réu e/ou do delito, fazendo dela o problema sem dúvida mais complicado da filosofia do direito penal. Assim, a pretensão kantiana de que o direito deveria castigar a “maldade interna” é, certamente, o reflexo de uma incorreta confusão entre direito e moral, e abre caminho a modelos anticonoscitivistas de inquisição e de punição referidos não ao que se fez, senão ao que se é. E a tese de que a alma humana é inescrutável não enuncia somente um limite às possibilidades de conhecimento e de prova, mas representa uma garantia de imunidade do cidadão diante de investigações sobre sua consciência tão incontroláveis como indiscretas. Muitos séculos antes que Beccaria, em 1477, o *Chief Justice* Brian, da Corte de Common Pleas, afirmou que “os pensamentos do homem não são processáveis; somente o diabo conhece os pensamentos humanos”,¹⁰⁵ que é uma máxima não muito distinta do dito popular de que não se podem fazer processos a partir de intenções. Sob este aspecto, a imunidade penal da consciência e a incontrolabilidade das atitudes internas do réu aparecem como o outro lado do princípio já comentado da materialidade ou exterioridade da ação, refletido na máxima de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*.

Por outra parte, a punibilidade apenas dos atos intencionais é, com certeza, um insuportável elemento do sentimento comum de justiça, ao ponto de reputarmos bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa. E pode ser útil lembrar que a tese da não perseguibilidade de pensamentos e intenções e, mais em geral, o mesmo princípio de exterioridade ou de materialidade da ação criminal vem, frequentemente, encontrando fundamento no requisito da culpabilidade. Thomasius, por exemplo, mantém a impunidade da heresia precisamente porque nela faltam o dolo e a culpa.¹⁰⁶ E, ainda antes, com os mesmos argumentos, Hobbes defendera a liberdade de pensamento e rejeitara a punibilidade das opiniões, enquanto estas ou são verdadeiras, e, portanto, não puníveis, ou são fruto do “erro”, que “não é, por natureza, um pecado. Não é possível, de fato, que um homem erre de propósito, que tenha a intenção de errar; e não há pecado se não há a intenção de pecar”.¹⁰⁷

2. Causalidade, imputabilidade, intencionalidade. Culpabilidade e responsabilidade

Antes de empreender a análise deste último dilema e das perversões antigarantistas que comportam suas contrapostas soluções, é oportuno precisar, embora sumariamente, o significado jurídico do conceito de *culpabilidade*, tal como tem sido elaborado pela mo-

derma dogmática penal. Sem adentrarmos na discussão das inúmeras opiniões e construções sobre a matéria, parece-me que esta noção – que corresponde à alemã de *Schuld* e à anglo-saxã de *mens rea* – pode ser decomposta em três elementos, que constituem outras tantas condições subjetivas de responsabilidade no modelo penal garantista: a) a *personalidade* (ou “*suità*” da ação), que designa a susceptibilidade de adscrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a *relação de causalidade* que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito;¹⁰⁸ b) a *imputabilidade* ou *capacidade penal*, que designa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer;¹⁰⁹ c) a *intencionalidade* ou *culpabilidade em sentido estrito*, que designa a consciência e a vontade do delito concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de *dolo* ou de *culpa*, segundo a intenção esteja referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível.

O último destes elementos pressupõe os outros dois, de forma que se pode falar corretamente de “culpabilidade” para referir-se não somente à intencionalidade do delito, ou à culpabilidade em sentido estrito, senão também ao produto lógico dos três elementos:¹¹⁰ de fato, não cabe culpabilidade sem imputabilidade, nem sem imputação penal subjetiva ou sem nexo causal entre ação imputada e resultado produzido. Por outro lado, para compreender o sentido dos diferentes conteúdos que definem a culpa e o dolo, pode-se recorrer à distinção, reformulada com especial clareza por Richard B. Braithwaite,¹¹¹ entre *explicação causal*, na qual o fato *explicandum* fica aclarado por uma causa precedente ou simultânea, e *explicação teleológica*, na qual o *explicandum* fica esclarecido por um fim futuro ou por um efeito ainda não realizado e não vocacionado necessariamente a realizar-se. O primeiro tipo de explicação remete ao que Aristóteles chamava “causa eficiente”; o segundo, ao que denominava “causa final”.¹¹² Se queremos utilizar esta terminologia, diremos que a responsabilidade penal decorre de *culpa* quando a intenção é apenas causa eficiente da ação, que, por sua vez, é causa eficiente do resultado; no *dolo*, por sua vez, o resultado é também causa final da ação. Conseqüentemente, enquanto no primeiro caso somente é possível uma explicação causal do nexo entre ação e resultado, no segundo é possível, também, uma explicação teleológica, no sentido de que a idéia da causa final opera como causa eficiente.

Distinta da culpabilidade é a *responsabilidade*. Como tal há de entender-se, simplesmente, a sujeição jurídica à sanção como conseqüência de um delito,¹¹³ qualquer que seja a relação normativamente exigida entre o sujeito chamado a responder e o delito pelo qual responde. Somente se se distingue, à diferença do uso corrente,¹¹⁴ entre “responsabilidade” e “culpabilidade”, pode-se perceber as variadas formas, arcaicas e modernas, de responsabilidade *sine culpa*. Por conseguinte, diremos que o sistema garantista *SG* e os outros sistemas que incluem a garantia da responsabilidade “pessoal”, “subjetiva” ou “culpável”, distinguem-se dos demais porque vetam a responsabilidade impessoal, objetiva ou não culpável, configurando as hipóteses de falta de algum dos três elementos da culpabilidade como outras tantas “causas subjetivas de exclusão do delito”. Precisamente o delito e a conseqüente responsabilidade ficam neles excluídos: a) pelas causas de exclusão da personalidade (ou da “*suità*”) da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como a enfermidade mental ou a menoridade; c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro.

3. Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade

Os fundamentos políticos ou externos do princípio de culpabilidade, cuja virtude consiste em desqualificar a responsabilidade objetiva, são, na minha opinião, essencialmente quatro. O primeiro consiste na reprovação da ação que, como se viu no parágrafo 32.1, é uma condição necessária, ainda que não suficiente, para justificar sua proibição e, em consequência, sua punição. Uma ação não culpável não é punível nem suscetível de proibição porque não admite reprovação, referida, como é óbvio, não diretamente ao fato objetivo, senão a seu autor, ou, mais precisamente, ao “sentido subjetivo” ou “intencional” que este dá para o seu “atuar social”¹¹⁵ e que, precisamente, integra-se na culpabilidade.

O segundo fundamento é constituído pela função utilitarista de prevenção geral própria do direito penal. Apenas as condutas culpáveis podem ser objeto de prevenção por meio da pena, já que só em relação a elas a cominação penal encontra-se apta para desenvolver uma função intimidatória. Os fatos não culpáveis, por não imputáveis à consciência ou à vontade do agente ou, inclusive, à ação direta de quem é chamado a responder por eles, não podem ser prevenidos penalmente: são inexigíveis e, em relação a eles, a pena é supérflua.¹¹⁶

O terceiro fundamento, também utilitarista, é o que nos propõe Herbert L. A. Hart: o princípio de culpabilidade garante a possibilidade “de prever e de planificar o rumo futuro de nossa vida, partindo da estrutura coativa do direito”, assegurando-nos de que, “inclusive quando as coisas vão mal, como acontece quando se cometem erros ou se produzem acidentes, uma pessoa que tenha dado o melhor de si para respeitar o direito, não será castigada”.¹¹⁷ É certo, diz Hart, que um sistema penal que inclua esta forma de responsabilidade “assume um risco” que não correm os sistemas antiliberais, nos quais os delitos são descritos mediante o condicionamento psicológico à obediência ou, então, submetem-se os réus a penas ou tratamentos com independência da voluntariedade das suas transgressões. Mas este risco é “o preço que devemos pagar pelo reconhecimento geral de que o destino do homem deve depender de suas decisões, o que favorecerá a virtude social do autocontrole”.¹¹⁸

Existe, por último, um quarto fundamento do princípio de culpabilidade, que é frequentemente olvidado, mas que, talvez, seja o mais importante de todos. As ações culpáveis são as únicas que podem ser não somente objeto de reprovação, de previsão e de prevenção; são, também, as únicas que podem ser lógica e sensatamente proibidas. As proibições penais são normas “regulativas”, no sentido de que necessariamente pressupõem a possibilidade de serem observadas ou violadas por parte de seus destinatários, a cujo conhecimento e vontade se dirigem, com a função pragmática de orientá-los e condicioná-los; e seriam insensatas, além de inúteis, se tal possibilidade não existisse.

Este quarto fundamento, sobre o qual voltarei mais extensamente no parágrafo seguinte, é o que, na minha opinião, melhor permite desemaranhar o intrincado problema da natureza da culpabilidade e dos seus pressupostos, normalmente enredado por formulações metafísicas. Em seu delineamento tradicional, este problema é o da consistência ou inconsistência filosófica dos três conceitos em torno dos quais se tem articulado a noção jurídica de culpabilidade: o de causalidade da intenção (ou da personalidade), o de capacidade psicofísica do agente para autodeterminar-se (ou imputabilidade), e o de conhecimento e vontade da ação (ou intencionalidade). A idéia comumente associada a este con-

junto de conceitos é a de que o delito é uma *ação anormal* cometida por uma *pessoa normal em condições normais*. Mesmo sendo banal (ou talvez por isso), essa idéia traz graves questionamentos que põem em movimento, e em conflito recíproco, concepções globais do homem e do mundo. Há sentido em distinguir entre pessoas normais ou imputáveis e pessoas anormais ou inimputáveis? Quais são os critérios que permitem distinguir os doentes mentais dos sãos? E, antes ainda, é lícito falar dos primeiros como de uma subespécie inferior do gênero humano? Finalmente, e sobretudo, é possível considerar como fator causal do delito a vontade consciente de atuar, vontade por sua vez não determinada por causas preexistentes e independentes, senão livre e autodeterminante?

4. Poderia ter agido de outro modo? O dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio

O problema, antiquíssimo, é a alternativa entre determinismo e livre-arbítrio, opção que tem penetrado a história inteira do pensamento filosófico ocidental. Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc.), todo fenômeno – e, portanto, não só as ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realizá-las – é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo as hipóteses do livre-arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a facultade de autodeterminar-se e são pais e donos de suas ações.¹¹⁹

É, pois, óbvia a relevância dessas duas concepções opostas sobre o problema da responsabilidade não só jurídica, mas, também, moral. A culpabilidade, segundo uma feliz fórmula, extraída da filosofia moral e usual na literatura anglo-saxã, consiste no fato de que o responsável por um delito “poderia ter agido de outra forma”.¹²⁰ Está claro que, segundo as hipóteses deterministas, se uma pessoa cometeu, de fato, um delito, “*não poderia ter atuado de forma*” distinta da que atuou; poder-se-á desconhecer as causas de seu atuar e/ou de suas intenções e/ou das características psicofísicas de sua personalidade, mas estas causas existem e, pelo menos as remotas, são independentes da vontade do agente, inexoravelmente condicionada por elas. Ao contrário, para os que afirmam o livre-arbítrio, em todos os casos nos quais não é detectável um constrangimento externo e independente que tenha alterado ou, pelo menos, condicionado a capacidade psíquica ou a vontade do autor de um delito, este “*poderia ter atuado de forma diferente*”, bastando que assim desejasse.

As conseqüências dessas duas explicações antitéticas do comportamento humano sobre a configuração teórica e normativa da responsabilidade penal são, obviamente, opostas. No primeiro caso, a *intencionalidade da ação* e a *imputabilidade do agente* não alcançam relevância alguma: o elemento psicológico do delito fica reduzido a mero resíduo de uma concepção moralista do direito penal, não somente por impenetrável, segundo advertiam Brian e Beccaria, senão por não culpável ou heterodeterminado; pelo contrário, fica revalorizado, além da ação mesma, o elemento dano ou perigo, conforme concepções rigidamente objetivistas do direito penal, que favorecem modelos normativos de responsabilidade objetiva. No segundo caso, inversamente, é fácil ceder à tentação

oposta, a de desvalorizar o elemento objetivo: tanto o resultado lesivo, que pode ser totalmente involuntário, como a ação, considerada relevante só enquanto expressão das intenções e da personalidade do seu autor. Simultaneamente, o aspecto psicológico – o que Kant chamava de “maldade interna” do autor – tende a ser valorado como elemento central do delito, de acordo com concepções subjetivistas e modelos normativos do direito penal de autor ou da vontade.

Esta alternativa entre “direito penal *objetivo puro*” e “direito penal *subjetivo puro*” mostra os dois pólos entre os quais oscilam todas as instituições penais, e, justamente, tem sido considerada por Pietro Nuvolone como a chave para ler a história completa da ciência e do direito penal.¹²¹ As suas origens podem ser encontradas nos dois arquétipos opostos de moral, e, mais em geral, de concepção do homem, que Paul Ricoeur identifica com a tradição grega e com a judaico-cristã: por um lado, a idéia ético-jurídica da culpa como transgressão e da pena como retribuição, dominadas uma e outra pelo esquema racional e objetivo da causalidade e da necessidade; por outro, as idéias ético-religiosas da culpa, como condição existencial e original da pessoa, e da interiorização do pecado na consciência, expressão uma e outra da relação subjetiva, de conflito e reconciliação, do homem com Deus.¹²²

A hipótese aqui adiantada é, contudo, que os dois extremismos – o objetivista e o subjetivista –, ainda quando opostos no plano teórico e normativo, têm levado, ao menos na época moderna, a conclusões práticas substancialmente convergentes. E isso como consequência, a meu ver, do fato de que em ambos os casos tem-se desvalorizado, ainda que por razões diferentes, o elemento material da ação; e tem predominado, inclusive, modelos de diagnose antropológica ou de inquisição pessoal que apontam para a periculosidade ou para a perversidade do réu, pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou, à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso. A consequência é que no primeiro caso temos um resultado sem culpa e, no segundo, uma culpa sem resultado, destituída da mediação, e, em qualquer dos casos, da ação culpável. Devemos, pois, analisar esta paradoxal convergência não apenas para superar o dilema que se manifesta nas opiniões contraditórias de Beccaria e Kant, mas, também, para esclarecer a natureza da culpabilidade à margem das metafísicas opostas do determinismo e do livre-arbítrio.

5. A dissolução do princípio da culpabilidade nos delineamentos objetivistas e nos subjetivistas. Duas aporias

Para compreender a particular convergência que acabamos de sublinhar entre esses dois extremismos opostos, é preciso entender as diferentes trajetórias por meio das quais se tem chegado, nos últimos cem anos, à dissolução do princípio de culpabilidade.

A negação deste princípio é perfeitamente coerente nas diferentes doutrinas objetivistas e positivistas da defesa e da prevenção social. “Todo impulso”, afirma Glanville Williams, “ao qual não se opôs resistência eficaz era, naquelas circunstâncias, irresistível... por isso, segundo esta definição, todo delito é resultado de um impulso irresistível”.¹²³ Essa premissa determinista, embora com grande variedade de tons e acentos (antropológicos, psicológicos, sociológicos etc.), é comum aos penalistas italianos da Escola Positiva e aos paladinos da substituição do direito penal, como a inglesa Barbara Wootton ou

aos soviéticos Pasukanis e Krylenko, que chegam a repelir o conceito de culpabilidade como científica e axiologicamente inconsistente.¹²⁴ Pode-se dizer, inclusive, que este rechaço constitui o principal postulado teórico sobre o qual estes autores constroem todas as suas doutrinas, inclui-se a consideração da pena como medida de defesa social. Ao negar-se, aliado à liberdade de querer, toda relevância à intenção do agente e à imputabilidade da ação, o Estado deve comportar-se diante de um delito e dos danos individuais e sociais que ocasiona da mesma forma como se estivesse diante de qualquer catástrofe natural: preparar medidas de defesa – de prevenção e/ou de neutralização e/ou de correção – prescindindo de valorar os movimentos interiores do sujeito e com a única base, eminentemente subjetiva e discricionária, de um diagnóstico sobre sua personalidade desviada e de um prognóstico sobre o perigo objetivo que representa.

Mais complexo e menos linear é o processo de esvaziamento do princípio de culpabilidade nas orientações subjetivistas – idealistas e espiritualistas –, que valoram exclusivamente a liberdade interna do agente. O ponto de partida, além da idéia, em si mesma inócua, do livre-arbítrio, é a opção, propriamente garantista, por uma concepção *normativa* da culpabilidade, como consciência da ilicitude do fato cometido, diante de uma concepção *psicológica*, que se conforma com o nexo psíquico entre agente e fato ilícito. Estas duas concepções diferem entre si só porque a primeira exclui o princípio *ignorantia legis non excusat*, enquanto a segunda o admite. Sob este aspecto, a concepção normativa, que foi utilizada largamente pelos juristas da Escola Clássica italiana,¹²⁵ é, claramente, mais restritiva e liberal do que a psicológica, já que a presunção de conhecimento da lei penal é explicável somente de duas formas igualmente antiliberais: ou como uma forma de responsabilidade objetiva em favor da certeza do direito, ou como resultado da confusão entre direito e moral e, por isso, da idéia de que o delito é, também, pecado, de forma que a ignorância da lei penal equivale à ignorância da lei moral, isto é, a amoralidade ou a imoralidade, em todo caso inescusáveis. Por outro lado, tal presunção, incorporada por quase todos os ordenamentos contemporâneos,¹²⁶ não constitui, de forma alguma, como se tem afirmado recentemente, um fruto originário do pensamento penal burguês,¹²⁷ senão, pelo contrário, uma criação do estatismo ético que caracteriza o pensamento liberal-reacionário do século XIX: não por acaso foi defendida por Hegel,¹²⁸ que representa, como já afirmado tantas vezes, a principal expressão desta direção da cultura liberal.

As doutrinas normativas da culpabilidade (*normative Schuld*) elaboradas neste século têm dado um passo a mais em relação à concepção clássica da culpabilidade como conhecimento da ilicitude do fato. Fundindo-se com as concepções ético-legalistas e com as finalistas do dano e da ação, examinadas nos itens precedentes, passam a considerar a consciência e a vontade de antijuridicidade como condições já não somente necessárias, senão suficientes da culpabilidade, culminando, assim, por identificar a culpabilidade com a atitude ou subjetividade “infratora” do culpável, e, inclusive, com a sua reprovabilidade, em razão da oposição de sua vontade à norma, ou, mais ainda, ao ordenamento inteiro.¹²⁹ Daqui a dizer que a culpabilidade reside na infidelidade à norma ou no “modo de ser” antijurídico do desviado existe só um (segundo) passo, obviamente curto. Um passo que têm dado, sobretudo, os penalistas alemães da primeira metade do século, conjuntamente com outro relativo à ação, dissolvida, como temos visto, no “tipo de autor”. É assim que, simetricamente a esta figura, tem sido elaborada pelos mesmos juristas a categoria da “culpa de autor” (*Täterschuld*), ou seja, culpa pelo modo de ser do autor, consistente, para Mezger, em “culpa pela conduta de vida”,¹³⁰ para Welzel na ausência de controle do eu sobre

a vida interior,¹³¹ e, para os juristas nazistas da Escola de Kiel, na perversidade do sujeito por ter desenvolvido, formado livremente, uma personalidade psíquica distinta.¹³² O conceito de culpabilidade dilui-se, assim, juntamente ao de ação, e deixa de referir-se ao ato, para orientar-se diretamente ao autor: se, de fato, o culpável é o homem e não a ação, é melhor deter-se no primeiro e não nesta, e considerá-la como “um sintoma” não suficiente, mas, pelo menos, necessário da desviação daquele. De tudo isso resulta uma subjetivação ética e voluntarista do sistema, tanto penal quanto processual, já que a maldade subjetiva do réu não é perceptível, senão mediante a intuição subjetiva do juiz.¹³³

Extremismo objetivista e extremismo subjetivista convergem, assim, para análogos resultados substancialistas e decisionistas. Por outro lado, não ficaram reduzidos a “tipos ideais”¹³⁴ ou a simples esquemas doutrinários. Historicamente, têm celebrado seus fastos nos ordenamentos totalitários do nosso século: o primeiro, no direito penal estalinista, onde foi expressamente negado o elemento subjetivo do delito;¹³⁵ o segundo, no direito penal nazista, ocasião em que tanto o elemento objetivo quanto seu nexa com o subjetivo¹³⁶ foram rechaçados. É inegável que têm influenciado consideravelmente a cultura e as legislações penais deste século, contribuindo, também, nos ordenamentos liberais-democráticos, para potencializar, se bem que desde a margem oposta, a crescente relevância penal e processual que se confere às novas figuras da *periculosidade* e do *suspeito*, e, com isso, a relativizar o caráter retributivo do direito penal, por meio do espaço aberto por tais figuras a institutos punitivos *ante, extra e ultra delictum*.¹³⁷

A força sedutora dessas duas orientações provém do fato de que seus efeitos antigarantistas – ademais de ser reflexo, como todos os esquemas substancialistas, do obscuro lugar-comum do delinquente como “diferente” (“doente” ou “inimigo”), ao qual se tem de enfrentar enquanto tal – parecem estritamente coerentes com as duas hipóteses filosóficas que lhes dão impulso e que se beneficiam, por sua vez, do aparentemente óbvio: o determinismo e a não liberdade de querer que fazem com que sintamos injusta a culpabilização subjetiva do agente por ações independentes de sua vontade e que sugerem seu tratamento como se fosse um doente ou um animal perigoso; o livre-arbítrio não condicionado, que torna paralelamente injusto limitar o objeto da pena às manifestações contingentes e casuais do autor, em lugar de estendê-lo à sua personalidade perversa, investigando-a e castigando-a por sua forma geral de ser.

Não creio que a afirmação de que as duas orientações comentadas sejam conseqüência destas hipóteses filosóficas possa ser eficazmente rebatida. Alf Ross, por exemplo – seguindo a esteira de tentativas análogas protagonizadas por outros filósofos do passado –, tem tentado refutar, sem êxito, a tese da incompatibilidade entre determinismo e culpabilidade, e, de forma geral, entre determinismo e responsabilidade moral.¹³⁸ “O único pressuposto necessário da culpabilidade”, afirma, “é que a conduta humana, dentro de certos limites, seja sensível a impulsos direcionais, suscitados pelo conhecimento das previsíveis reações retributivas. Mas este indubitável dado empírico é tão conciliável com os pressupostos deterministas quanto com os pressupostos indeterministas”.¹³⁹ Está claro, no entanto, que dessa forma se escamoteia o cerne do determinismo. O que os deterministas sustentam não é que a vontade humana não seja influenciável por normas e ameaças de pena, senão que esta influência não é decisiva, já que depende de outros fatores externos, como a herança ou o ambiente, conhecidos em parte e em parte ignorados, mas não por isso menos determinantes, que condicionam de maneira inexorável e praticamente decisiva

va a vontade do agente. Essa tese, caso se generalize, pode parecer absurda: todos os delitos, incluídos os leves e/ou difusos, como avançar o sinal ou a evasão fiscal, seriam indício de enfermidade, ou de causas ambientais ou hereditárias. Entretanto, essa premissa do caráter determinante ou inexorável dos fatores involuntários da ação é, precisamente, o postulado definidor do determinismo extremo, tal como se pode observar, por exemplo, em muitos sequazes da Escola Positiva que rejeitam, com esta base, a idéia de culpabilidade. E essa premissa não pode ser refutada com argumentos empíricos, pela conclusiva razão de que é uma petição de princípio. Este princípio é, precisamente, o postulado do determinismo que Ross afirma não compartilhar, mas que tenta colocar em discussão.

O postulado do determinismo, hoje, tem sido derrubado tanto na física como na epistemologia da ciência.¹⁴⁰ Por isso, o esforço que continua sendo realizado para conciliá-lo com o problema da liberdade e da responsabilidade humana não se explica senão pela sugestão paracientífica que sobre a filosofia prática tem exercido o determinismo físico.¹⁴¹ Por outro lado, esta sugestão vincula-se, mais do que a precisas opiniões empíricas, à aparente coerência lógica que parece manter a hipótese determinista, segundo a qual, como diz Williams, “todo impulso ao qual não se opôs eficaz resistência era, naquelas circunstâncias, irresistível”, e a indeterminista, segundo a qual, se um homem é livre para agir, é culpável pelas próprias ações, por ser também livre para ser bom ou mau, e culpável pelas próprias inclinações e opções globais de vida.

Ambas as opções são, pelo contrário, logicamente inconsequentes e escondem paralogismos. Do fato de que Tício *tenha atuado* de um modo determinado pode-se deduzir que *podia* atuar dessa forma, porém jamais que *não podia não* atuar assim. Essa inferência, que caracteriza a hipótese determinista, é produto de uma falácia naturalista: afirmar que, se uma ação se realizou, era impossível que não tivesse se realizado é, de fato, um *non sequitur*, que equivale a dizer que, se é possível que não se realize uma ação, então não se realizará.¹⁴² Por outro lado, o que se pode – e se deve – supor sobre a ação proibida pela norma penal refere-se à circunstância de que se possa realizar ou não. Nessa alternativa radica a estrutura deontica ou regulativa que se busca da proibição penal, tal como se verá no próximo parágrafo. Mas é precisamente isto que é esquecido pelas hipóteses indeterministas, que equiparam e substituem esta alternativa por outra, incompatível com a lógica das normas regulativas, entre o ser ou o não ser o sujeito de um determinado modo, independentemente das suas ações.

O princípio de culpabilidade serve para evitar ambos os paralogismos, tanto o determinista, que desvincula o fato delituoso da culpabilidade, quanto o indeterminista, que afasta a culpabilidade do fato delituoso. E pode ser configurado como um princípio normativo que impõe uma estrutura regulativa às proibições penais das quais requer: a) que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não um *status* ou uma condição de vida do sujeito; e b) que, *ex ante*, seja possível a comissão ou a omissão da ação, proibida. De fato, como veremos, uma norma penal, enquanto reguladora, só está sintaticamente bem formulada se admite aleiticamente tanto a possibilidade de que ocorra quanto a possibilidade de que não se dê o que descreve.¹⁴³ Estará, entretanto, mal formulada, se exclui uma destas duas possibilidades. Por isso, a tese *deontica* “Tício devia ter atuado de outra forma”, que encerra o juízo de culpabilidade, supõe, logicamente, a tese *alética* de que “poderia ter atuado de outro modo”, e não as de que “poderia ter sido de outra forma” ou “não poderia ter atuado de outra forma”.

Tudo isso pode ser expressado afirmando que uma norma penal, como qualquer outra norma reguladora, é sensata (além de bem formulada), somente se é, ao mesmo tempo, observável e violável, e carece de sentido (además de estar mal formulada), tanto se não é observável como se não é violável. É, igualmente, insensato proibir ou ordenar ser ou não ser de uma determinada forma (por exemplo “perigoso”, “subversivo” ou “inimigo”, ou, pelo contrário, “inócuo” ou “leal”), ou mesmo respirar ou não respirar durante uma hora: isto é, prescrever uma forma de ser, e não de atuar, ou uma conduta necessária ou impossível. Tanto a necessidade como a impossibilidade alética do que se ordena fazem da prescrição algo carente de sentido,¹⁴⁴ além de inútil.

6. A culpabilidade como elemento normativo do fato. Exigibilidade e inexigibilidade

Sobre essa base podemos conceber a culpabilidade, tal como acontece, por outro lado, com a ação e com o resultado lesivo, como um elemento normativo não do autor, mas do delito, do qual designa, mais do que uma conotação psicológica, uma modalidade deontica e, além disso, alética: o dever de abster-se de realizá-lo com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão. Pode-se, se for preferível, denominar “livre-arbítrio” a esta alternativa, *ex ante*, entre possibilidade de cometer e possibilidade de omitir a ação proibida, alternativa que constitui o pressuposto da *eleição* entre duas opções, sob condição, porém, de que seja considerada não como ontológica, mas como deontológica, não referida à estrutura ontica do mundo, senão à deontica das normas. Um indeterminista irredutível poderia objetar que tudo isso confere à culpabilidade, e com ela ao livre-arbítrio, os caracteres de uma convenção. Mas seria uma convenção que tem seu fundamento na estrutura mesma do direito como fenômeno regulativo, e que pode ser razoavelmente aceita, pelo menos enquanto aceitamos a existência de regras ou prescrições e consideremos que seu conteúdo não carece de sentido. Naturalmente, a culpabilidade não é só uma modalidade deontica, senão uma modalidade conotada pelos três elementos antes mencionados: relação de causalidade, imputabilidade e intencionalidade. Estes elementos, no entanto, não são outra coisa que os requisitos do fato legalmente requeridos para afirmar, validamente, o juízo de culpabilidade de que alguém “devia (deonticamente) ter atuado de outra forma”: isto é, as condições empíricas em cuja presença a lei penal permite afirmar (e em cuja ausência não permite afirmar) que “podia (aléticamente) ter atuado de outra forma”.

Desta concepção *deontica* da culpabilidade derivam duas consequências importantes. A primeira alude à relação entre os elementos objetivo e subjetivo do delito, não dissociáveis, nem menos ~~subjetivos~~ de contraposição, como pretendem os dois extremismos opostos do objetivismo e do subjetivismo puros, senão logicamente conexos entre si. O nexo de contato radica no fato de que a culpabilidade, que consiste numa modalidade deontica com conotações psicológicas, é uma qualificação jurídica da ação e não de seu autor. De fato, só uma ação, e não uma pessoa ou um *status* pessoal, pode ser objeto de conotações deonticas ou, inclusive, aléticas. De uma pessoa pode-se dizer que tem a possibilidade, e por isso o dever, de atuar de forma diferente da que atua, mas não de ser diferente de como é. O livre-arbítrio (ou possibilidade alética), como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde, em definitivo, ao atuar – ou, caso se prefira, ao querer –, mas não ao ser do agente. Isso não impede, obviamente, que se use a palavra “culpável” para referir-se a uma pessoa, ainda que não se o faça para designar

uma “propriedade” (“Tício é, em si, culpável”), senão somente sua relação com uma conduta (“Tício é culpável de uma ação”). De fato, sabemos que em muitos ordenamentos as pessoas são sendo responsabilizadas por sua forma de ser – bruxas, ébrios, anarquistas, subversivos, meliantes, inimigos do povo, perigosos, suspeitos etc. – e não pela sua forma de agir. Este mecanismo punitivo, mais constitutivo do que regulador, choca-se com a garantia de culpabilidade, tal como aqui tem sido configurada, e com o caráter regulativo que esta supõe e do qual tratarei no próximo parágrafo. São garantias que, no geral, opõem-se a todas as perversões positivistas e espiritualistas dirigidas a conferir relevância penal autônoma à personalidade do réu. No entanto, o interior da pessoa – seu caráter, sua moralidade, seus antecedentes penais ou suas inclinações psicofísicas – não deve interessar ao direito penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações criminais. Entende-se que, num sistema garantista assim configurado, não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade.

A segunda consequência encontra-se vinculada à primeira e corresponde, de forma negativa, às causas de exclusão da culpabilidade. Se a culpabilidade de uma ação supõe a possibilidade *ex ante* da sua omissão, ela estará excluída sempre que tal possibilidade não subsista. Possibilidade e impossibilidade da omissão não são, entretanto, qualificáveis por razões filosóficas abstratas, como pretendem, respectivamente, as duas metafísicas opostas do livre-arbítrio e do determinismo, senão somente conforme os elementos e circunstâncias empíricas constatáveis previamente por meio das provas. Se, com uma expressão familiar aos juristas, chamamos “exigível”¹⁴⁵ à omissão do atuar culpável, podemos considerar como causas de *não exigibilidade*, por impossibilidade de que o sujeito atue de outra forma, todas as de exclusão da culpabilidade, tanto se excluem a *causalidade* (fato de outrem e caso fortuito) como a *imputabilidade* (menoridade ou enfermidade mental) ou a *intencionalidade* (inconsciência, força maior, coação física e erro). O fundamento geral das circunstâncias *excusantes subjetivas* pode ser, assim, reconhecido no velho princípio romano *ad impossibilia nemo tenetur*, que é um corolário do fundamento da culpabilidade, representado pela possibilidade de comissão ou omissão da conduta descrita.

Obviamente, a impossibilidade de atuar de outra forma que exclui a culpabilidade é uma impossibilidade alética, já não em sentido estrito, senão enquanto admitida convencionalmente pela lei, conforme circunstâncias que mudam em cada ordenamento.¹⁴⁶ E significa, ademais, tal qual a fórmula “não podia agir de outra forma”, que, nas circunstâncias previstas como eximentes, a lei presume que *não se podia exigir* ou, como diz Alf Ross, que “*não se podia esperar* que o homem agisse de forma diferente da que agiu”.¹⁴⁷ Neste amplo sentido, a inexigibilidade do *impossível* pode, ainda, ser considerada como fundamento comum à maior parte das *excludentes objetivas*, como o estado de necessidade, a legítima defesa ou o cumprimento de um dever legal, que são, ao mesmo tempo, circunstâncias que excluem ou justificam o delito, enquanto excluem não tanto que o agente possa observar materialmente a norma, mas que se lhe possa exigir – ou que se possa esperar – que a observe. De forma geral, aquela pode ser considerada como um princípio fundamental do direito, não se restringindo, entretanto, às questões penais, senão que alcançando, também, a matéria civil, onde encontra-se na base de muitas das causas de resolução e rescisão de contratos, de extinção de obrigações e de anulação de pactos.¹⁴⁸ Finalmente, posto que a exigibilidade (ou possibilidade) da omissão do delito pode ser, além

de excluída, admitida em diversa medida, penso que seus diferentes graus, segundo as diferentes situações de fato, representam o fundamento que dá explicação a muitas das circunstâncias atenuantes e agravantes.¹⁴⁹

Assim, fica solidamente redimensionada a máxima cognitivista, formulada já há cinco séculos por Brian e retomada por Beccaria, da impenetrabilidade e não processabilidade de pensamentos e intenções. A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa, como pretendem as orientações puramente subjetivistas, senão um elemento do fato, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo, fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito. Como tal, aquela é constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos, não distintos, em princípio, dos que permitem comprovar o chamado “elemento objetivo”.

O único consenso em torno da culpabilidade refere-se ao fato de que ela constitui o elemento do delito cuja comprovação implica maiores embaraços. Inicialmente, em razão da dificuldade em se identificar critérios claros e seguros no plano teórico e no legislativo. Tem-se dito que as excludentes subjetivas, codificadas pela lei, são (todas e apenas) as circunstâncias em cuja presença presume-se *de iure*, por exigi-lo a certeza do direito, a falta de culpabilidade, isto é, a não exigibilidade de abster-se de delinquir. Mas não se tem dito, se se consideram suas variantes espaciais e temporais, que esgotem todas as possibilidades de inexigibilidade, nem que algumas entre elas, como as excludentes da imputabilidade, integrem, sempre, tais casos. Sobretudo, é difícil conseguir provas seguras e controláveis para afirmar ou para afastar, no plano judicial, as excludentes subjetivas estabelecidas pela lei. Por último, uma vez comprovadas todas as circunstâncias do fato, é mais difícil ainda estabelecer, *no direito*, os limites precisos entre excludentes e atenuantes e adotar critérios objetivos para adequar a medida da pena ao grau de culpabilidade determinado pela prova. Com quais instrumentos pode-se comprovar empiricamente que uma pessoa é mentalmente sã ou doente ou, inclusive, que era momentaneamente desconhecadora do que fazia? E, ainda admitindo que se consiga saber absolutamente tudo sobre esses fenômenos psicológicos, em que medida a doença mental ou a inconsciência detectadas são suficientes, para o direito, a ponto de excluir ou atenuar a culpabilidade? Essas dificuldades continuam sendo, em grande parte, insuperáveis, apesar dos esforços realizados pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, para diferenciar, atendendo à sua intensidade, os diferentes graus da inimputabilidade, do dolo e da culpa: enfermidade e semi-enfermidade mental, dolo intencional e dolo eventual, dolo genérico e dolo específico, dolo de ímpeto e dolo de propósito, dolo de dano e dolo de perigo, culpa simples e culpa com previsão, culpa consciente e culpa inconsciente, culpa grave e culpa leve etc.

Não há dúvida de que a falta de rigor na caracterização jurídica e no procedimento de comprovação empírica da culpabilidade abre um amplo espaço – no processo – a valorações, impressões e opções discricionárias, e que tais espaços são tão maiores quanto mais indireta é a relação de causalidade entre ação e resultado, como acontece nos casos de concurso de agentes, cooperação e conspiração, definidos, às vezes, pela lei com fórmulas genéricas e elásticas. Ademais, favorece-se, assim, a utilização de argumentos de defesa falsos, baseados na simulação de excludentes subjetivas inexistentes e, com isso, a possibilidade de que os acusados possam ludibriar o tribunal.¹⁵⁰ As dificuldades de prova e

de qualificação jurídica deste elemento do delito podem, no entanto, ser reduzidas por meio de fórmulas legais mais rigorosas e taxativas.¹⁵¹ Em qualquer caso, não prejudgam o caráter cognoscitivo da sua comprovação, que não é de natureza diferente daquelas recolhidas nos parágrafos 4, 9 e 10, a propósito dos limites intrínsecos da veracidade fática e da veracidade jurídica de todas as teses judiciais. Quanto à possibilidade de erros determinados por defesas enganosas, não se trata de um preço inevitavelmente vinculado a esta garantia; é o mesmo preço que, para justificar o direito penal, é necessário pagar por todas as demais.

36. COMO PROIBIR? REGULATIVIDADE E TAXATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS

1. Normas penais regulativas e normas penais constitutivas

As normas, segundo a distinção elaborada recentemente pela filosofia jurídica analítica, podem ser “regulativas” ou “constitutivas”.¹⁵² Adaptando essa distinção a nossos fins explicativos, chamaremos de *regulativa* à norma que regula um comportamento qualificando-o deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório e condicionando à sua comissão ou omissão a produção dos efeitos jurídicos que prevê; e chamaremos de *constitutiva* à norma que estabelece imediatamente, isto é, sem a mediação de comportamentos cuja comissão ou omissão supõem sua observância ou sua infração, qualificações e/ou efeitos jurídicos. São constitutivas, neste sentido, as leis derogatórias, ou as disposições sobre a maioridade ou sobre a competência; são regulativas, por seu lado, as que prevêem atos e os efeitos subseqüentes à sua comissão ou omissão. Chamaremos, correlativamente, de *declaratória* (ou de *cognição*) à sentença que comprova o fato qualificado deonticamente por uma norma reguladora como pressuposto de efeitos jurídicos, ou que determina imediatamente os efeitos previstos por uma norma constitutiva; e será *constitutiva* (ou de *disposição*) a sentença que, prontamente, determina qualificações e efeitos jurídicos sem a preocupação de ter de comprovar um fato deonticamente qualificado.¹⁵³

Os dois pares de conceitos são assimétricos entre si. Uma lei reguladora (por exemplo, “aquele que cometer um furto ou um homicídio deve ser castigado com tal pena”) comporta, necessariamente, uma sentença declaratória (“Tício cometeu, ou não, um furto ou um homicídio”); porém, a relação inversa não se dá, já que, ao menos em teoria, as sentenças declaratórias podem surgir, também, em face da aplicação de leis constitutivas, sempre que estas designem com exatidão a classe de efeitos que elas mesmas determinam, sem exigir a presença de um fato concreto. Uma sentença constitutiva, ao contrário (por exemplo, “Tício é um inimigo do povo” ou “Caio é um sujeito perigoso”), supõe uma norma que não é nem regulativa nem tampouco totalmente constitutiva (“os inimigos do povo ou os sujeitos perigosos devem ser castigados com tal pena”), mas é, por assim dizer, *quase constitutiva*, no sentido de que a constitutividade está dividida entre a lei e o juízo.

Essas noções de “norma regulativa” e de “norma constitutiva” afastam-se, em parte, das elaboradas e discutidas na literatura filosófico-analítica,¹⁵⁴ o que deriva do fato de que, enquanto esta se encontra interessada em identificar as normas constitutivas, nosso objetivo é isolar e definir a estrutura das normas penais regulativas e, só por negação e contraposição, a das normas constitutivas, tanto legais quanto jurisdicionais. Analisando os ele-

mentos constitutivos do delito, desenvolvidos nos parágrafos precedentes, podemos afirmar que a regulatividade das leis penais no sentido aqui elucidado constitui o pressuposto das garantias de materialidade e de culpabilidade, que exigem, por sua vez, que as leis contenham proibições dirigidas a comportamentos cuja comissão ou omissão seja aleticamente possível e imputável deonticamente para a eleição do sujeito.

Podemos, portanto, formular um princípio de *regulatividade* que expresse, ao mesmo tempo, o aspecto material de estrita legalidade penal e o pressuposto formal de materialidade e de culpabilidade. De acordo com este princípio, o conteúdo das leis penais deve consistir em proibir ações aleticamente contingentes ou, o que é o mesmo, nem impossíveis nem necessárias. Restam, em consequência, proscritas por tal princípio: a) as leis penais constitutivas, que não regulam comportamentos, não contêm proibições e não admitem a alternativa entre observância e inobservância, senão que constituem diretamente os pressupostos da pena, estigmatizando ou qualificando como réus um sujeito ou uma classe de sujeitos, muito mais em razão da sua forma de ser do que pela sua forma de atuar; b) as sentenças penais constitutivas, que não comprovam os pressupostos fáticos legalmente predeterminados, senão que se constituem em qualificações penais, previstas em abstrato por leis penais “quase constitutivas”, mediante juízos de valor que têm por objeto a pessoa.

O princípio de regulatividade não é, propriamente falando, uma garantia autônoma. Ao contrário, designa a estrutura deontica das leis penais, que já se identifica com o pressuposto lógico das garantias substanciais da materialidade e da culpabilidade. A consequente proibição de normas penais constitutivas – sejam leis ou sentenças – pode ser, por outro lado, considerada como um postulado essencial do liberalismo, no sentido de que a proibição ou regulação de ações determinadas, e que garantam a possibilidade alética de transgressão ou de observância, é a única técnica de controle social compatível com a tutela dos direitos fundamentais. Em sentido contrário, pode-se demonstrar que a disciplina diretamente das pessoas, antes que a de seus comportamentos, do seu ser, antes que de seu atuar, constitui um traço característico dos regimes totalitários, já que lesionam tanto a igualdade quanto a liberdade.

2. A proibição de leis penais constitutivas. Dignidade da pessoa e igualdade penal

O infeliz preceito bíblico “não permitirás viver às bruxas”¹⁵⁵ pode ser considerado como protótipo das normas penais constitutivas. As normas penais constitutivas, bem se sabe, não vetam, mas, sim, castigam imediatamente. Ou, se preferirmos, não proíbem atuar, senão ser. Este esquema tem sido reproduzido infinitas vezes na nem sempre edificante história do direito penal. Vez ou outra, o lugar das bruxas tem sido ocupado pelos hereges, os judeus, os infiéis e, na época moderna, pelas classes e sujeitos perigosos, ociosos e vagabundos, pelos propensos a delinquir e os afeitos a transações ilícitas, pelos inimigos do povo e os subversivos, por desordeiros e mafiosos e por outros tipos de autor ou de delinqüente. O pensamento penal autoritário, como se tem visto, ao desenvolver uma antropologia da desigualdade, cujos antecedentes remontam ao mito de Tersites,¹⁵⁶ buscam construir, por meio das vertentes opostas do determinismo positivista e do subjetivismo idealista, tipologias e classificações de autores e delinqüentes em substituição às tipologias e classificações de ações e delitos: antropologias e antropometrias somáticas – de conformidade com a elaboração de repertórios clínicos e fisionômicos de “delinqüentes naturais” – e tipologias

morais, políticas e sociais – de conformidade com a definição das distintas desviações mentais ou morais, das quais os variados tipos de delitos seriam sintomas e efeitos.¹⁵⁷

É fácil entender, depois do que se tem dito, o elementar valor garantista do princípio de regulatividade e da conseqüente proibição das leis penais constitutivas. A regulatividade das normas penais é uma condição de sua generalidade e, com isso, um pressuposto da igualdade penal, já que todos os homens são iguais penalmente enquanto punidos pelo que fazem e não pelo que são e enquanto somente suas ações, e não sua (distinta) personalidade, podem ser tipificadas e culpabilizadas como igualmente desviadas. Mas, antes de tudo, a regulatividade penal é um pressuposto indispensável da tutela da dignidade do homem, que permite que deste sejam exigidas somente ações e omissões, e que deve ser respeitado, seja quem for. Igualdade e respeito à pessoa, ademais, conectam-se entre si, já que a primeira é definível, segundo veremos no parágrafo 60.1, como idêntica valoração das diferenças pessoais e igual direito de cada um à sua tutela. Dizer que são exigíveis só as formas de atuar e não os modos de ser quer significar que não se pode impor penalmente a uma pessoa que seja ou que venha a ser diferente do que é, e que se deve tolerá-la e respeitá-la pelo que é, seja como for. E, precisamente no que se refere ao que cada um é, ou pode ser – e que compõe a identidade humana –, consiste o respeito à pessoa ou, melhor ainda, à sua humanidade.

Ao contrário, o caráter constitutivo da norma penal implica, em princípio, desigualdade e discriminação. Ao castigar e reprimir a identidade desviantes independentemente das ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação. No nosso ordenamento são normas constitutivas, por exemplo, aquelas que consideram como possíveis destinatários de medidas de prevenção os desocupados, vagabundos, sujeitos afeitos a tráfico ilícitos, propensos a delinquir e semelhantes. Mas são constitutivas também todas as normas que configuram hipóteses de desviação que não consistem necessariamente em fatos e que, por isso, carecem do elemento materialidade, como são em geral todas as figuras de periculosidade social. Está claro que uma técnica punitiva como esta exige, além da materialidade da ação, a lesividade – ao menos para aqueles que não consideram danosa a existência dos homens, mas somente suas ações – e a culpabilidade – imprescindível para os que não participam de concepções ontológicas, existenciais ou originais da culpa ligadas ao ser ou ao existir, sem qualquer ênfase para o fazer ou o agir. E contradiz, também, o princípio de retribuição, expressado como tem-se visto na fórmula “se B, então deve ser A”, onde B é a “pena” e A, o “fato” proibido como delito. Por outro lado, uma configuração tal da desviação encontra-se em consonância com modelos correccionais da pena: caso se possa exigir da pessoa que não seja de uma determinada forma, pode-se exigir, também, que se transforme na forma desejada. Trata-se de um utilitarismo, *ex parte principis*, intrinsecamente antiliberal, homologante, inclinado a modelos de direito penal máximo, ilimitado na prática e normalmente vinculado a visões organistas e terapêuticas do sistema social, como um corpo são, cujas partes com infecção ou doentes devam ser curadas ou, então, amputadas.

Se tomarmos a expressão “caráter constitutivo” em um sentido amplo, que expressei com o termo “caráter quase-constitutivo”, passam a fazer parte do sistema constitutivo

todas as normas ou segmentos de normas que elevam o *status* racial, social, político, religioso ou jurídico de uma pessoa à categoria de elemento constitutivo do delito e/ou de uma eximente, agravante ou atenuante. Neste sentido, são quase constitutivas as normas que prevêem privilégios ou discriminações penais, diferenciando a pena segundo a condição social do réu, tal como acontecia no direito romano e no direito medieval, onde as penas eram diferentes para escravos e livres, para servos e senhores, para infames e cidadãos de boa fama, para plebeus e nobres etc.¹⁵⁸ Mas aliadas às normas penais constitutivas (ou quase constitutivas) de caráter *positivo* estão as *negativas*, que consideram um determinado *status* pessoal como causa não de penalização, ou de maior penalização, senão de impunidade, ou de indulgência: são, por exemplo, as normas que declaram a *imunidade* de um sujeito ao excluir ou obstaculizar a punibilidade ou a imputabilidade de um sujeito com base em suas condições pessoais – enquanto rei, presidente, ministro, parlamentar, sacerdote, funcionário etc. –, dando lugar a privilégios que revelam a sobrevivência do *Ancien Régime*.¹⁵⁹ Em todos estes casos, o caráter constitutivo que se atribui às qualidades pessoais é fonte inevitável de arbitrariedade. “Vejo com dor” – escrevia Condorcet – “a previsão constante num código penal, autorizando que se permita aos juízes levar em conta a qualidade das pessoas. A lei, tanto no momento da instrução como no da pena, deveria ser igual para todos”.¹⁶⁰

3. O paradigma constitutivo nos ordenamentos modernos. Reincidentes, suspeitos, perigosos e reabilitados

Ao contrário do que ocorre com o modelo garantista de direito penal, o paradigma constitutivo tem conseguido ampla difusão nos ordenamentos modernos, em sintonia com a tendência geral de involução subjetivista e substancialista do direito penal antes descrita. Com respeito à época pré-moderna, alteraram-se, obviamente, os tipos e as técnicas constitutivas: não se trata mais da previsão diretamente constitutiva de determinadas categorias de pessoas como desviadas (bruxas, hereges, judeus etc.), senão da relevância que as leis quase-constitutivas concedem a condições pessoais, cuja comprovação fica confiada a normas constitutivas. Os tipos mais importantes nos quais se explicita este moderno paradigma quase-constitutivo são os da *reincidência*, da *vadiagem* e da *periculosidade*.

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antiguidade,¹⁶¹ foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”.¹⁶² E Morrelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes.¹⁶³ Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal¹⁶⁴ na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito. Foi, assim, segundo veremos na quarta parte, que surgiu no código vigente uma articulada tipologia de delinquentes reincidentes – simples, reincidentes habituais, profissionais e por tendência –, tratados com penas progressivamente severas, submetidos a medidas de segurança, excluídos dos

benefícios previstos para outros condenados, impelidos, de fato, à carreira criminal como incorrigíveis ou irrecuperáveis.

As normas contra desocupados e vagabundos são ainda mais absurdas e socialmente discriminatórias. O Código piemontês de 1859 e, mais tarde, o italiano de 1865 criminalizavam diretamente essas figuras do subproletariado com um capítulo completo de normas penais paradigmaticamente constitutivas: “Os vagabundos legalmente declarados como tais” – estabelecia o art. 437 – “serão castigados, por apenas este fato, com três meses de prisão. A mesma pena se aplicará aos desocupados que não tenham cumprido uma admoestação precedente”;¹⁶⁵ no art. 442 impunha-se um mês de prisão aos “mendigos hábeis para o trabalho”; e os arts. 448-449 previam hipóteses diversas de incriminação de condutas que traduziam meras suspeitas,¹⁶⁶ tanto para desocupados, vagabundos e mendigos como para “as demais pessoas suspeitas”. Estas instituições, tal como veremos no parágrafo 49, têm chegado até nossos dias com poucas variações. Precisamente, ainda que os arts. 707 e 708 do Código Rocco tenham mantido a previsão relativa à penalização de condutas suspeitas, a criminalização direta de desocupados e vagabundos desaparece do código, ficando confiada às medidas de prevenção que contemplam as distintas leis sobre segurança pública. E estas leis – desde a de 1889, que se dirige contra “as classes perigosas”, à de 1956, endereçada “às pessoas perigosas para a segurança e a moralidade pública”, e às sucessivas ordenanças dos anos da emergência – têm chegado a multiplicar a tipologia dos sujeitos desviados: às arcaicas figuras de desocupados, vagabundos e mendigos tem-se juntado os imorais, os propensos a delinquir, os dedicados a tráfico ilícitos e, por último, os desordeiros e mafiosos.

A figura mais relevante do paradigma constitutivo continua sendo, hoje, a da “periculosidade social”, que desempenha um papel central no nosso sistema penal. Quando acompanha uma concreta hipótese delituosa, constitui o pressuposto das medidas de segurança; nas situações em que se segue à condição de desocupado, vagabundo, dedicado ao tráfico ilícito ou propenso a delinquir, é o pressuposto das medidas de prevenção; e, sobretudo, quando se junta à condição de suspeito de um delito, é pressuposto suficiente para justificar sua detenção. A origem desta categoria encontra-se na tradição católica. Santo Tomás deu, a respeito, uma justificação simples e expedita: “Si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur”.¹⁶⁷ No entanto, ainda que tenham existido medidas de polícia contra os perigosos¹⁶⁸ também na época pré-moderna, o conceito de “periculosidade” é totalmente moderno e foi introduzido na cultura penal na segunda metade do século XIX, pelas mãos, sobretudo, das doutrinas positivistas. Só então o centro de gravidade do direito penal deslocou-se do delito para o delinquente e desenvolveu-se, paralela e concorrentemente com o direito penal e processual ordinário e retributivo, um direito penal e processual orgânico, de tipo especial e preventivo, inteiramente baseado na periculosidade¹⁶⁹ e liberado de garantias penais processuais.

Também a periculosidade, como a reincidência, é uma forma de ser mais do que uma forma de agir, que atua, indevidamente, como um substitutivo da culpabilidade no qual se expressa a atual subjetivação do direito penal. Só que aquela é, da mesma forma que o *status* social do suspeito, valorada pelo juiz e adstrita ao sujeito julgado não diretamente pela lei, senão por uma sentença constitutiva, embora em decorrência da aplicação de uma lei quase constitutiva. Por outro lado, as sentenças constitutivas não são, somente, como

as leis constitutivas, fonte de desigualdade e discriminação; são, também, um fator de antiliberdade, enquanto expressam um poder de disposição tão ilimitado quanto ilegítimo, em razão de seu caráter extralegal. Como veremos no próximo capítulo, o poder de julgar, enquanto não se limita à função cognitiva que, além de provas e contraprovas, inclui um poder direto e autônomo de qualificação e etiquetamento, dá origem a uma relação inevitavelmente desigual, de domínio, que anula a dignidade da pessoa processada. Infelizmente, o caráter constitutivo do sistema penal – tal como se expressa na produção legal ou judicial do *status* jurídico-social (desocupado, vagabundo, perigoso, subversivo, com antecedentes etc.) e dos correspondentes certificados penais – dispõe, nos ordenamentos contemporâneos, de um espaço crescente e progressivamente inquietante, em sintonia com sua tendencial transformação, da qual se falará na quarta parte, em um sistema de mera prevenção, a partir de um sistema retributivo.

Faremos referência, finalmente, a uma quarta figura do modelo constitutivo que vem se desenvolvendo crescentemente no nosso século: a “reeducação” do condenado como condição para reduzir a pena ou para aplicar medidas alternativas, menos aflitivas do que a privação de liberdade ou do que outros privilégios e benefícios penais. Neste caso, o paradigma atua de modo favorável ao réu. Mas isso não impede que o tribunal, ao não requerer a comprovação de determinados comportamentos, e suscetíveis por isso de prova e contraprova, tenha, em relação com a personalidade (já não desviada, senão reeducada) do condenado, natureza constitutiva e, conseqüentemente, modalidades decisionistas e inquisitoriais. “Periculosidade” e “susceptibilidade de tratamento reeducativo” são, portanto, figuras simétricas e complementares, que se definem, cada vez mais, uma por meio da negação da outra. No parágrafo 44 veremos as formas disciplinares e captatórias de que se reveste a execução da pena nas reformas recentes do nosso ordenamento penitenciário. Por enquanto, pode-se adiantar que aquelas, aliadas à crise da taxatividade e da regulatividade dos tipos delituosos e à introdução de pactos no processo, estão produzindo, no nosso país, a obsolescência do modelo penal garantista e a deformação policial e totalizante das instituições penais.

NOTAS

⁽¹⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XII, 2, p. 431.

⁽²⁾ *Dialogo*, cit., p. 430; idem, *Leviatano*, cit., XXVII, p. 239-240: “Todo delito é um pecado, embora nem todo pecado seja um delito. Tentar roubar ou matar é um pecado embora nunca se materialize em palavras ou em obras; pois Deus, que vê os pensamentos do homem, pode colocá-lo na conta desse. Mas até que essa intenção não se manifeste em algum fato ou em algum dito por ele que possa ser julgada por um juiz humano, não receberá o nome de delito”.

⁽³⁾ *Principes de législation*, XII, *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 37: “Numa palavra, a legislação tem certamente o mesmo centro que a moral; mas não tem a mesma circunferência” (cf. a passagem na íntegra *supra*, na nota 23 do capítulo 4, onde citam-se também as teses análogas de Beccaria e de Hommel). A tese de que a imoralidade é uma condição necessária mas não suficiente para que um fato seja proibido e punido está também em S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 14.

⁽⁴⁾ Arts. 669 e 670 do Código Rocco.

⁽⁵⁾ Pense-se, por exemplo, nas greves, nos *sit in*, nos “gritos” e nas “reuniões” secretas, ainda hoje considerados delito pelos arts. 503-505, 330-333, 432 e 654-657 do Código Rocco. E pense-se também na atenuante de “motivo de relevante valor moral ou social”, prevista no art. 62, n. 1.

⁽⁶⁾ J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., I, p. 29.

⁽⁷⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XLI, p. 97.

⁽⁸⁾ Ibidem, VI, p. 21-22: “Deste modo” – prossegue Beccaria – “nasceram as obscuras noções de honra e de virtude; e são tais porque mudam com as revoluções do tempo, que faz sobreviver os nomes às coisas, mudam-se com os rios e com as montanhas que são quase sempre os confins, não só da geografia física, mas também da moral”. A mesma tese mantém B. Pascal, *Pensées* (1669), trad. it. de P. Serini, *Pensieri*, Einaudi, Torino, 1962, 301, p. 141: “Três graus de elevação até o pólo mudam toda a jurisprudência; um meridiano decide sobre a verdade... Curiosa justiça que um rio limita! Verdade neste lado dos Pirineus, erro no outro... O furto, o incesto, o assassinato dos filhos e dos pais, tudo tem encontrado seu lugar entre as ações virtuosas. Pode existir algo mais ridículo do que o direito de um homem a me matar porque eu more além da água e seu príncipe esteja brigado com o meu, mesmo que eu não esteja com ele?”. O relativismo ético é igualmente radical em T. Hobbes, *De cive*, cit., XIV, 17, p. 278-279; idem, *Dialogo*, cit., p. 430 (cf. estas duas passagens *supra* nas notas 14 do capítulo 1 e 21 do capítulo 4) e em J. Locke, *Essays on the law of nature* (1660-1664), trad. it. (da edição inglesa de 1958, org. por W. von Leyden) de M. Cristiani, *Saggi sulla legge naturale*, Laterza, Bari, 1973, V, p. 41-54. Platão já tinha proclamado a relatividade e subjetividade dos juízos morais: “Pois sem dúvida, caro amigo, nenhum deus nem nenhum homem se atreve a dizer que não tem que se castigar a aquele que comete injustiça... Discrepando sobre um ato, uns afirmam que tem sido realizado com justiça, outros, que tem sido realizado injustamente” (Eutifrone, 8d-e, *Dialoghi filosofici*, cit., I, p. 114).

⁽⁹⁾ Nos poemas homéricos não se reprovam nem o homicídio nem o furto, salvo se afetam os consanguíneos, os hóspedes ou, por outras razões, os mendigos: cf. A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, cit., p. 37, 108, 113, 117-118; E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., p. 168, 191, 203.

⁽¹⁰⁾ T. Hobbes, *De cive*, cit., XIV, 17, p. 279.

⁽¹¹⁾ Ch. Montesquieu, *De l'esprit*, cit., I, 3, p. 238: “Tais leis devem adequar-se ao povo para o qual foram editadas, de tal forma que somente por uma grande casualidade as leis de uma nação possam convir a outra. É preciso que as mencionadas leis se adaptem à natureza e ao princípio de governo estabelecido, ou que se queira estabelecer... Devem-se adaptar aos caracteres físicos do país, ao clima gelado, caloroso ou temperado, à qualidade do terreno, a sua situação, a seu tamanho, ao gênero de vida dos povos segundo sejam lavradores, caçadores ou pastores. Devem-se adaptar ao grau de liberdade que permita a Constituição, à religião dos habitantes, a suas inclinações, a sua riqueza, a seu número, a seu comércio, a seus costumes e a suas maneiras”.

⁽¹²⁾ U. Grócio, *De jure belli ac pacis libri tres*, cit., liv. II, cap. XX, 6-9; T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XV, XXVIII e XXX; idem, *De cive*, cit., III, par. 11; S. Pufendorf, *De jure naturae*, cit., liv. VIII, cap. III, 4-9; idem, *De officio hominis et civis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 4-10; C. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, cit., liv. III, cap. VII, par. 25, 28, 40-43, 53-55 e 101, p. 413-424; C. Beccaria, ob. cit., XII; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, caps. XXVI e XXVII; G. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, cit., par. 395 e 401; J. Bentham, *Principes du Code Pénal*, parte I, cap. I, in *Traité*s, cit., p. 119; idem, *Principes de législation*, cit., I e V-XI; idem, *Théorie des peines et des récompenses*, cit., liv. I, cap. III. Cf. também, *supra*, os parágrafos 15.3 e 20 e as notas 22-24, do capítulo 4.

⁽¹³⁾ S. Pufendorf, *De jure naturae*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 8.

⁽¹⁴⁾ J. Bentham, *Principes de législation*, cap. XI, in *Traité*s, cit., p. 35; idem, *Vue générale*, cit., cap. VI, ibidem, p. 292; G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 569, p. 256, reporta-se aos “efeitos externos e físicos”.

⁽¹⁵⁾ S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 10-13, p. 430-431; C. Thomasius, *Institutiones*, cit., liv. III, cap. VII, par. 102-110, p. 424-425; A. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte* (1976), reimpressão Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1963, p. 289 e ss.; J. Bentham, *Principes de législation*, cit., cap. XII, p. 39; G. Humboldt, *Saggio sui limiti dell'attività dello stato*, cit., XIII, p. 133. A tese surge em Sêneca, *Epístula LXXXI, Lettere a Lucillo*, cit., vol. II, p. 208: “Virtutum omnium pretium in ipsis est. Non enim exercetur ad praemium: recte facti fecisse merces est” (“o valor de toda virtude radica nela mesma, já que não se pratica em função de um prêmio: a recompensa da ação virtuosa é tê-la realizado”).

⁽¹⁶⁾ Sobre esta base assenta-se a distinção kantiana entre *legalidade* e *moralidade*, uma em conformidade com a lei meramente exterior e condicionada pelo temor à sanção, a outra como adesão

interior e incondicional: I. Kant, *La metafisica dei costumi*, cit., p. 15, 21, 28, 243, 250; idem, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), trad. it. de F. Capra, *Critica della ragion pratica*, Laterza, Bari, 1966, p. 91, 148 e 187-188.

⁽¹⁷⁾ *Leviatano*, cit., XXX, p. 287; idem, *De cive*, cit., XIII, 15, p. 260-261, onde Hobbes critica as leis inúteis – “demasiado numerosas para que se possam lembrar” – que “proíbem o que a razão em si não proíbe”, pelo que “é inevitável que os cidadãos por ignorância e sem má intenção caiam nas leis como em armadilhas estendidas à liberdade inofensiva que, pela lei natural, os governantes estão obrigados a lhes deixar”.

⁽¹⁸⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XLI, p. 96; ibidem, XXIII, p. 53: “Quem declara infames ações por si só indiferentes diminui a infâmia própria das que são verdadeiramente tais”. A mesma tese é sustentada por Montesquieu, ob. cit., liv. XXIX, 16, p. 880: “As leis inúteis debilitam as necessárias”; ibidem, XIX, 14, p. 565: “A lei não é um puro ato de poder; as coisas indiferentes por sua natureza não são da sua incumbência”.

⁽¹⁹⁾ *Principes de législation*, cit., cap. XII, p. 38: “Nisso, os legisladores, em geral, têm governado demasiado: ao invés de acreditar na prudência dos indivíduos, tem-nos tratado como crianças ou escravos; e tem-se entregue à mesma paixão dos fundadores de ordens religiosas, os quais para ostentar melhor sua autoridade e por pequenez da alma, têm tido seus súditos na mais baixa dependência, e tem-lhes estabelecido dia após dia e minuto após minuto suas ocupações, seus alimentos, seu horário de dormir, seu horário de levantar, e todos os passos de sua vida. Há Códigos célebres que estão repletos de travas desta espécie”. Estes vícios, como se verá nos parágrafos 42.3 e 43.5, foram reproduzidos e inclusive ampliados em muitos ordenamentos contemporâneos, e particularmente no italiano, que se caracteriza por uma inflação crescente do direito penal como instrumento de tutela dos interesses mais diversos.

⁽²⁰⁾ Ob. cit., II, p. 12; ibidem, p. 13; Montesquieu, loc. ult. cit.: “Toda pena que não derive da necessidade é tirânica”; G. Mably, *De la législation*, cit., III, 3, p. 261: “Antes de publicar uma lei, que o legislador se pergunte se é necessária, pois toda lei inútil é necessariamente perniciosa”. Sobre o princípio da necessidade insiste reiteradamente G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., par. 12, 25, 37, 49, 92, p. 11, 14, 19, 21 e 33.

⁽²¹⁾ Cf., por exemplo, T. Canônico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 4: “A questão penal não é senão uma parte da grande questão: ‘Como acabar com o mal no mundo?’. Por isso vincula-se estreitamente com os mais vastos e importantes problemas da vida: o mal moral, a queda, a redenção”. Em sentido diametralmente oposto, F. Carrara, *Programma. Parte especial*, cit., vol. I, p. 22: “A insensata idéia de que o direito punitivo deve extirpar da terra todos os delitos leva a ciência penal à idolatria do terror, e o povo à fé no veredgo, que é o verdadeiro curandeiro do juízo penal”.

⁽²²⁾ “É é agradável também o que não é forçado, pois a violência é contra a natureza; por isso as coisas forçadas são dolorosas, e diz-se com razão: ‘Todo que é forçado coisa dolorosa é’” (Aristóteles, *Rhetorica*, cit., I, 11, 1370a, p. 52). A caracterização das leis como “cadeias artificiais” e do direito e do Estado como “artifícios” é obra de T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 3, 174 e 222.

⁽²³⁾ “O *ius punitonis* é um conteúdo necessário de todo direito, porque todo direito tem como conteúdo necessário o *ius defensionis*” (F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., 601, p. 596); “existe uma prova infalível para julgar a sabedoria de uma lei: consiste em se perguntar se a lei proposta tende a estabelecer uma maior igualdade entre os cidadãos” (G. Mably, loc. cit., p. 263).

⁽²⁴⁾ Aristóteles, *Rhetorica*, cit., I, 13, 1373b, p. 66: “É forçoso que o que causa injustiça receba dano... De maneira que forçosamente todas as acusações tem que se referir ou à comunidade ou ao privado”; Epicuro, *Massime capitali, Opere*, cit., p. 211-212: “O justo segundo a natureza é uma convenção sobre o que leva a não se fazer dano uns aos outros e a não ser lesado”.

⁽²⁵⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXX, p. 287; S. Pufendorf, *De jure naturae*, cit., liv. I, cap. IX, par. 8; J. Locke, *Secondo trattato*, cit., liv. II, par. 10, p. 245; C. Beccaria, ob. cit., VII, p. 22-25; K. F. Hommel, *Introduzione*, cit., p. 609; J. Bentham, *Principes de législation*, cit., cap. XI, p. 34-36; idem, *Principes du Code Pénal*, cit., parte I, cap. I, p. 119; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., I, p. 14-16; idem, *Principi del Codice Penale*, cit., II, p. 10; G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 601-644, p. 268-285.

⁽²⁶⁾ J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., I, p. 32. As teses análogas de Bentham estão referidas nos lugares citados nas notas 12 e 104.

⁽²⁷⁾ A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 90.

⁽²⁸⁾ O art. 5.º da mesma Declaração acrescenta: “A lei não tem direito de proibir mais do que as ações nocivas para a sociedade”. Esses dois artigos foram reproduzidos mais ou menos literalmente pelo art. 5.º da Constituição francesa de 1791, pelo art. 5.º da Declaração de 29 de maio de 1793 e pelo art. 2.º da seção “Deveres” da Constituição de 1795. O art. 5.º da Declaração de 1793 e o art. 2.º da seção “Deveres” da Constituição de 1795 estabelecem ademais: “(A liberdade) funda-se nesta máxima: não faça aos demais o que você não quer que os demais façam a você”.

⁽²⁹⁾ Sobre estas distinções e sobre mais alguma, como aquela entre “objeto jurídico”, “objeto formal” e “objeto material” – totalmente inútil –, veja-se A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., I, p. 1-24; F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930; G. Bettiol, *Bene giuridico e reato*, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1938; F. Antolisei, *Il problema del bene giuridico*, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1939, XVII, p. 3-36; idem, *Manuale*, cit., p. 121-127; G. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 208-213; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Chiarella, Sassari, 1980.

⁽³⁰⁾ Ch. Thomasius, *Fundamenta juris nature et gentium*, cit., liv. I, cap. VI, par. 71, p. 183: “Refer singula praecepta ad suos fontes... punies delinquentes. Fons: non turbabis alios in usu juris sui”; P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., 21-23, onde são definidos os delitos como *injuria*, isto é, como violações de direitos alheios proibidas pela lei penal e classificados em “públicos” e “privados”, conforme pertençam tais direitos ao Estado ou aos sujeitos associados; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. I, p. 499: “Se os direitos que o cidadão adquire são todos reconduzíveis à conservação e à tranquilidade no gozo de sua vida, de sua honra, de sua propriedade e de todas as outras prerrogativas de sua condição política, todo delito deve, em consequência, provocar ou a perda ou a interrupção de um desses benefícios”; ibidem, cap. XXXVIII, p. 538 e ss.; Condorcet, *Définition du crimen*, *Inediti*, cit., p. 437: “Para que uma ação seja verdadeiro delito é preciso que ataque de maneira grave, necessária e imediata a segurança, a liberdade ou os direitos de uma ou mais pessoas”; ibidem, p. 443: “para que uma ação danosa ao outro seja crime, é preciso que o mal que produza seja contrário a seus direitos”; G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 155, p. 59: “o campo do delito são, pois, os *objetos* dos direitos”; J. Bentham, *Principes du code civil*, *Traité de législation civile et penale*, cit., p. 51: “no fundo, a lei civil não é mais que a lei penal vista sob outro aspecto: não se pode entender uma sem que se entenda a outra; porque estabelecer direitos é conceder permissões, é fazer proibições, e, portanto, criar delitos. Cometer um delito é violar por uma parte uma obrigação e, por outra, um direito”; idem, *Vue générale*, cit., caps. II e III, p. 287-289; G. Humboldt, *Saggio*, cit., XIII, p. 135-136: “O Estado pode impor legitimamente uma sanção a toda ação que vulnere os direitos dos cidadãos... As leis penais somente podem ser aplicadas a quem as tenha transgredido dolosa – ou culposamente –, e unicamente no grau em que haja mostrado a falta de respeito em relação ao direito alheio”; F. Pagano, *Principi*, cit., cap. I, p. 9, e cap. XII, p. 35, onde define o delito como “a violação de um direito natural ou civil do homem”, e a pena como “a perda de um direito por um direito violado”; idem, *Considerazioni*, cit., V, p. 25; G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 120, p. 40: “O delito vulnere os direitos somente naturais, ou somente sociais, ou bem naturais e sociais juntamente”; ibidem, par. 133, p. 43.

⁽³¹⁾ *Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 6, p. 242; ibidem, par. 7, p. 243: “E para que todos os homens se abstenham de invadir os direitos dos outros e de lesar-se mutuamente, e seja observada essa lei da natureza que olha para a paz e para a preservação de toda a humanidade, os meios para colocar em prática essa lei têm sido dados a todos os homens, de tal forma que cada um tem o direito de punir aos transgressores de tal lei na medida em que esta seja violada”. Cf. também a passagem de Locke reproduzida na nota 121 do capítulo 7.

⁽³²⁾ Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, *Archiv des Kriminalrechts*, 1834, p. 175 e ss.

⁽³³⁾ G. Romagnosi, *Genesi*, cit., 557, p. 252; P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, cit., liv. II, cap. III, p. 184: “A justiça humana não tem direito de punir o mal puramente moral”; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., vol. I, par. 103, p. 131. Carrara, em particular, insiste, em sua integridade, na noção iluminista do delito como violação de um direito subjetivo: “*Só um direito* pode ser *objeto* de um delito, e um *direito* ao qual a lei tenha concedido expressamente sua tutela com uma proibição e com uma sanção” (ibidem, par. 42, p. 76); “Mas a *essência* do delito (e com esta deno-

minação queremos indicar o delito *propriamente dito*, muito diferente das *transgressões de polícia* consiste na *violação de um direito protegido pela lei penal*” (ibidem, par. 150, p. 161). Cf. também, ibidem, par. 110-111, 154 e 611, p. 137-138, 165 e 596.

⁽³⁴⁾ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 220, p. 189. Cf. também, ibidem, par. 99, obs., p. 97: “O delito deve ser proscrito, porém não como causação de um prejuízo, senão como lesão do direito enquanto direito”.

⁽³⁵⁾ R. Jhering, *Geist des römischen Rechts* (1852-1858), trad. fr. de O. de Meulanaere, *L'esprit de droit romain*, Marescq, Paris, 1878, tomo IV, p. 327, onde identifica-se o “bem” como “tudo aquilo que pode ser útil”; F. Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 45-46, que define a pena como “proteção jurídica de bens”; K. Binding, *Handbuch*, cit., p. 169, segundo o qual bem é tudo aquilo que “aos olhos do legislador tem valor para o ordenamento jurídico”.

⁽³⁶⁾ É o que Arturo Rocco chama de o “objeto formal” do delito e que define também como o “interesse” ou o “direito subjetivo público estatal no respeito e obediência aos preceitos penais” (ob. cit., par. 177, p. 554); um “direito subjetivo” que forma um par com o denominado “direito subjetivo de punir”, que Rocco, como foi recordado na nota 1 do capítulo 5, atribui igualmente ao Estado. Na mesma direção movem-se os penalistas alemães dos anos vinte e trinta lembrados e discutidos por F. Angioni, ob. cit., p. 24 e ss. – como R. Honig, E. Schwinge e M. Grünhut –, que inclusive identificam tautologicamente o “bem jurídico” com o objetivo perseguido pela própria lei. A identificação ético-formalista do bem jurídico com o mesmo direito realiza-a expressamente Pio XII, *Principi fondamentali del diritto penal*, cit., p. 436. “Trata-se, antes de tudo, não de proteger os bens garantidos pelo direito, senão o próprio direito. Nada é tão necessário para a comunidade nacional e internacional como o respeito à majestade do direito, assim como a idéia saudável de que o direito é sagrado em si mesmo”.

⁽³⁷⁾ A punição da tentativa e dos delitos de perigo abstrato é um fenômeno do último século. Sobre a tradição iluminista e liberal, que limitava a punição exclusivamente aos delitos de perigo concreto, vejam-se as obras citadas *infra* nas notas 49 e 60. Sobre este ponto, veja-se também A. Cavanna, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1970.

⁽³⁸⁾ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. VIII, par. 2877, p. 7; ibidem, par. 2934, p. 146; ibidem, par. 3103, p. 620; ibidem, vol. IX, par. 3225, p. 6.

⁽³⁹⁾ G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., vol. I, t. II, p. 680: “O Estado” – acrescenta Maggiore – “pune o delinqüente não porque tenha de se defender dele, senão porque o delinqüente, com a sua ação criminosa, desobedece as leis do Estado, fere-o na sua dignidade e autoridade, falta ao dever de fidelidade”. A tese – sustentada por Maggiore também em seu *Diritto penale totalitario*, cit., p. 155, segundo a qual o delinqüente é punido porque “é, antes de tudo, um rebelde” – lembra a máxima tautológica de P. F. Muyart De Vouglans, *Les lois criminelles*, cit., p. XXXIV, segundo a qual a lei castiga “em vingança do desprezo à sua autoridade”. Uma redução dos delitos enquanto tais a *crimina lesae majestatis* e uma consequente reconsideração do réu como “inimigo” do Estado encontramos-a também em J. J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., II, 5, p. 72: “Ademais, todo malfetor, ao atacar o direito social, transforma-se por seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até faz-lhe a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se dá morte ao culpado, é menos como cidadão que como inimigo. Os procedimentos, o julgamento, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e, por conseguinte, de que já não é membro do Estado”.

⁽⁴⁰⁾ M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, cit. p. 134 e ss.

⁽⁴¹⁾ R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, Bensheimer, Mannheim, 1919, p. 108-109. Também G. Bettiol, *Bene giuridico*, cit., p. 326, identifica os “bens” com os “valores” mais do que com os “interesses” (cujo “substrato utilitário” lhe parece “contraditório com os fins predominantemente éticos do direito penal”).

⁽⁴²⁾ H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, p. 513.

⁽⁴³⁾ F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in AA.VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1935, p. 111 e ss.

⁽⁴⁴⁾ H. Welzel, ob. cit., p. 491 e ss.; idem, *Das deutsche Strafrecht* (1947), 7.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1960.

⁽⁴⁵⁾ G. Dahm, Verrat und Verbrechen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1935, p. 283 e ss. Sobre esta progressiva idealização e dissolução do conceito de bem jurídico, veja-se T. Würtemberger, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit.; A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit.; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972; F. Angioni, ob. cit., p. 33 e ss.

⁽⁴⁶⁾ “Na base do direito penal está a finalidade de tutelar uma série de bens ou de interesses” (P. Nuvolone, *Natura e storia nella scienza del diritto penale* (1951), *Trent'anni di diritto e procedura penale*, cit., I, p. 194). O problema do “bem jurídico” com relação às questões fundamentais das funções e limites do direito penal, assim como da estrutura dos tipos delituosos, ocupa cada vez mais o centro de atenção da literatura penal, sobretudo da italiana e da alemã. Cf., em particular: H. Jäger, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Enke, Stuttgart, 1957, p. 13 e ss.; K. Amelung, ob. cit.; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Frankfurt a.M. 1973; idem, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale, Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p. 104 e ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 68 e ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 220-230; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1973, p. 3 e ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 55 e ss.; F. Sgubbi, *Tutela penale di ‘interessi diffusi’*, *La questione criminale*, 1973, 3, p. 439-481; idem, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1980; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 100 e 131 e ss.; idem, *Politica criminale, Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIV, 1985, reimpr. in G. Marinucci e E. Dolcini (org.), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 31 e ss.; G. Fiandaca, *Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale* (1982), ibidem, p. 139-176; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), ibidem, p. 194 e ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1979, p. 186; F. Angioni, ob. cit.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività, Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982; N. Mazzacupa, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983; T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p. 114 e ss.; idem, *Bene giuridico e delitti politici* (Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II C.P.), in A.M. Stile (org.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, p. 225-276; G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, ibidem, p. 327-364; J. Bustos Ramírez, *Manual*, cit., p. 179-192; A. Fiorella, *Reato in generale, Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVIII, 1987, p. 789-800; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 3, 6 e 73-75. Cf. ademais os dois cadernos org. pelo “Centro studi e iniziative per la riforma dello stato”, *Materiali per una riforma del sistema penale*, Angeli, Milano, 1984, com artigos de Guido Neppi Modona, Domenico Pulitanò, Giovanni Fiandaca, Giovanni Tessoro, Carlo F. Grosso, Carlo Fiore, Nicola Mazzacupa, Antonio Fiorella e Filippo Sgubbi, assim como *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice*, com trabalhos de Marco Ramat, Giorgio Marinucci, Domenico Pulitanò, Giovanni Fiandaca, Carlo Fiore, Tullio Padovani, Sergio Moccia, Guido Neppi Modona, Alessandro Gamberini, Gaetano Insolera, Carlo F. Grosso e Giuliano Vassalli.

⁽⁴⁷⁾ É a perspectiva mantida, em especial, por W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege, Sonderdruck aus die Grundrechte*, Humboldt, Berlin, 1959, vol. 3, p. 909-1014; P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs ‘Rechtsgut’*, Helbing, Basel, 1962; C. Roxin, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe*, cit.; F. Bricola, ob. cit., p. 14 e ss.; idem, *Técnicas de tutela penal e técnicas alternativas de tutela*, in M. de Acutis e G. Palombarini, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, p. 3-84; F. Stella, ob. cit., p. 36 e ss.; E. Musco, ob. cit., p. 94 e ss.; D. Pulitanò, *L'errore*, cit., p. 162 e ss.; idem, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione, La questione criminale*, 1981, p. 111-121; idem, *Obbligo costituzionale e tutela penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983; idem, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. Stile, ob. cit., p. 131-190; F. Angioni, ob. cit., p. 39.

⁽⁴⁸⁾ Disso deriva, entre outras coisas, a impossibilidade de configurar “obrigações” constitucionais e inclusive meramente políticas de tutela penal, levada em conta, no entanto, pela Sentença de 25.02.1975 do *Bundesverfassungsgericht* da República Federal Alemã em matéria de aborto (*Juristenzeitung*, 1975, p. 205 e ss.). Sobre esta questão, vejamos se os escritos de Domenico Pulitanò citados na nota precedente e, ademais, F. Bricola, *Técnicas*, cit., p. 9 e ss.

⁽⁴⁹⁾ A expressão “perigo corrido” é de F. Carrara, ob. cit., par. 97 e 352, p. 90 e 240, e equivale à de “perigo concreto”, usada pela dogmática atual, em relação à qual aquela me parece mais clara e precisa.

Carrara contrapõe-na à de “perigo de simples previsão, do qual não surge razão legítima de imputação” (ibidem, par. 352, p. 324), e que corresponde à atual figura do “perigo abstrato” ou “presumido”. A idéia do perigo “efetivo” como fundamento da prevenção e punição, tanto da tentativa como dos delitos de perigo (concreto), tem origem, como lembra o próprio Carrara, em H. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 39: “Inchoata delicta vindicanda non sunt, nisi res sit gravis, et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum illud quod intendebatur secundum jam sit, aut certe ingens periculum ita ut vindicatio aut conjuncta sit cum cautione futurae noxae aut pernicioso exemplo occurrat”.

⁽⁵⁰⁾ Esta concepção do caráter concreto da lesão e, correlativamente, do bem tutelado parece preferível à expressada pelo termo *afferrabilità*, em uso na doutrina alemã e aceita por F. Bricola, *Tecniche*, cit., p. 29 e ss.

⁽⁵¹⁾ Para uma discussão ética e metaética mais profunda de tais questões, remeto a meu trabalho Aborto, morale e diritto penale, *Prassi e teoria*, 1976, 3, p. 397-418.

⁽⁵²⁾ É o caso dos arts. 7.º e 50 do Código Penal soviético de 1960, referidos na nota 79 do capítulo 7, que dispõem sobre a não punibilidade do delito “que, pela sua escassa relevância, não implica em perigo social”, que “tenha perdido a característica da periculosidade social” no momento do processo, ou “bem se o agente tenha deixado de ser socialmente perigoso”. Normas descriminalizadoras de análogo teor, nas quais sempre fica evidente o valor associado ao princípio da ofensividade, encontram-se nos parágrafos 8.º e 9.º do velho Código da República Democrática Alemã, no art. 4.º do Código Penal iugoslavo e no art. 65 do Código Penal checoslovaco.

⁽⁵³⁾ M. Gallo, Dolo (Diritto penale), *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, p. 760 e ss.; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965; idem, *Reato impossibile*, *Novissimo digesto italiano*, cit., vol. XIV, 1967, p. 986. No mesmo sentido, cf. também C. Fiore, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959; M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 1959; E. Gallo, *Il delitto di attentato*, cit., p. 160 e ss.; A. R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2.ª ed., Morano, Napoli, 1964, p. 16 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Franco Bricola, por exemplo, propugna pela introdução no Código do princípio de “tipicidade substancial”, que conecta estrita legalidade e ofensividade e que poderia ser formulado assim: “Não é punível o fato típico quando não lese o interesse especificamente protegido pela norma criminalizadora em sua concreta dimensão social e constitucional” (*Teoria*, cit., p. 84).

⁽⁵⁵⁾ F. Bricola, ob. cit., p. 68-88; idem, *Tecniche*, cit., p. 48-49. Sobre esta questão, cf. também F. Mantovani, Il principio di offensività del reato nella Costituzione, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. IV, p. 445-473; A. Fiorella, *Reato*, cit., p. 793. Veja-se ainda a nota 3 do capítulo 10, *infra*.

⁽⁵⁶⁾ *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 346.

⁽⁵⁷⁾ Recordem-se as acrobáticas argumentações com as quais a Corte de Cassação (V Seção, Pres. Quaglione, rel. Bertoni, 14.01.1987) rebaixou um fato inequivocamente constitutivo de tortura a simples tentativa de violência privada, a fim de aplicar a anistia. Cf. L. Saraceni, Come si svuota un processo (la vicenda dei Nocs dall’istruttoria al giudizio di Cassazione), *Questione giustizia*, 1998, 2, p. 331-341.

⁽⁵⁸⁾ Contra a punibilidade dos *minutissimi lapsus*, cf. S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., liv. II, cap. XIII, 12. Cf. também as passagens de Beccaria, Montesquieu e Bentham referidas *supra* nas notas 19 e 20. Condorcet exige, por sua vez, que somente o mal grave seja delito “porque um mal leve não pode ser objeto das leis penais. Uma legislação demasiado minuciosa seria um grave erro, suas leis não seriam respeitadas e, nas mãos dos juizes, iria se transformar numa arma com a qual estes poderiam bater em muitos cidadãos; levaria à tirania” (*Définition du crime*, cit., p. 443).

⁽⁵⁹⁾ A impunibilidade dos atos *contra natura*, enquanto não são lesivos a terceiros, foi já sustentada por T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 492, que ademais exclui o *animus felleus*; por Montesquieu, ob. cit., XII, 6, p. 437-438; e por Voltaire, *Prix de la justice*, cit., I, XIX, p. 569-570. Sobre a não punibilidade “das injustiças contra si mesmo” – já afirmada por Aristóteles, *Etica Nicomachea*, cit., V, 11, 1138a, p. 157-158, vejamos Ch. Thomasius, *Fundamenta*, cit., liv. I, cap. V, 16, p. 148: “Nemo... sibi injuriam facere potest, nec sibi obligatur. Hinc volenti non fit injuria”; J. Bentham, *Principes de législation*, cit., cap. XII, p. 37; J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., I, p. 32-36. Em particular, sobre a não punibilidade da tentativa de suicídio, cf. C. Beccaria, ob. cit., XXXII, p. 79-82; Voltaire, *Prix*, cit., art. V, p. 542-543; idem, *Comentario*, cit., XIX, p. 638-639; C. Montesquieu, *Lettres persanes*, cit., LXXVI,

p. 246-247; e G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. LV, p. 707-711, que polemiza ademais contra os processos e as inúteis mutilações que na França e na Inglaterra impunham-se ao cadáver do suicida.

⁽⁶⁰⁾ Uma configuração dos delitos de atentado como delitos de tentativa, numa interpretação conforme à Constituição das atuais normas do Código Rocco, é a proposta por E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano, 1966; idem, *Attentato (Delitto di)*, *Novissimo digesto italiano. Appendice*, I, Uiet, Torino, 1980, p. 560-576; E. Gallo e E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, Bologna, 1984, p. 145-210. A negativa de uma figura autônoma do “delito de atentado”, como delito político que admite um adiantamento do umbral da punibilidade referente às tentativas em geral, e a identificação entre atentado e tentativa foram mantidas com firmeza pelos penalistas da Escola Clássica, que sempre rejeitaram dar relevância aos simples atos preparatórios ou às meras intenções subjetivas, que manifestam-se por atos “dirigidos a”, ou por seu “fim” ou “objeto”, exigindo em todo caso um “princípio de execução”: G. Romagnosi, *Genesi*, cit., parte IV, e em particular o par. 667, p. 296, no qual define-se a tentativa como “execução incompleta de um delito”, G. Carmignani, *Elementos*, cit., 227-247, p. 69-74; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., 356-358, p. 331-335; par. 362, nota, p. 337-338; par. 380, nota, p. 353; E. Pessina, *Elementi*, cit., I, cap. V, p. 220-244; G. Napodano, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in E. Pessina (org.), *Enciclopedia del diritto penale*, cit., vol. VI, p. 96-104. Vejam-se também as páginas de Hobbes e Montesquieu sobre os delitos de lesa-majestade citadas *infra* nas notas 88 e 84. As teses da Escola Clássica exerceram uma influência direta sobre o Código toscano pré-unitário, sobre o sardo de 1859 e sobre o italiano de 1889, que, para a integração da tentativa e/ou do atentado, exigem respectivamente que “tenha cometido ou iniciado um ato executivo próximo” (art. 98), que “tenha-se manifestado um princípio de execução” (art. 96) ou que o autor “tenha iniciado a execução com meios idôneos” (art. 61). Todas elas são fórmulas mais taxativas que a dos “atos idôneos” com que se define a tentativa no art. 56 do Código Rocco.

⁽⁶¹⁾ A doutrina penal destes últimos anos tem prestado muita atenção à estrutura dos delitos de perigo e à diferenciação entre “delitos de perigo concreto” e “delitos de perigo abstrato”, fazendo patentes suas reservas sobre a constitucionalidade destes últimos, diante dos que mantêm em todo caso uma atitude desfavorável. Cf. M. Gallo, *I reati di pericolo, Foro penale* (1969), p. I e ss.; F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 81-87; H. Demuth, *Der normative Gefahrbegriff*, Studien-Verlag Brockmeyer, Bochum, 1980; F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Chiarella, Sassari, 1981-1984; G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo, Dei delitti e delle pene*, 1984, 3, p. 441-472; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 83-88.

⁽⁶²⁾ A existência do delito de “atos obscenos”, por exemplo, somente é justificável se se constrói como um delito de lesão contra a pessoa, quer dizer, para impedir atos de exibição ou de outro tipo lesivos da liberdade do terceiro que não consente; enquanto na forma de delito de perigo abstrato afeta somente à “moral pública” ou, o que é o mesmo, não irá causar dano algum “mais do que aos poucos neuróticos realmente atormentados” — como diz Herbert Hart — “pela simples idéia de que outro esteja violando, em privado, a moral” (*Diritto, morale e libertà*, cit., p. 64-65). Exemplos de transformação dos tipos de perigo abstrato em tipos de perigo concreto encontram-se nos escritos de Gallo e Musco sobre os delitos de atentado já citados na nota 60 e, ademais, em G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 452, e em T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici*, cit. Mas é obvio que bastaria, antes de reformular todos os delitos de perigo abstrato, exigir a concorrência de dano ou de perigo concreto como elemento constitutivo do delito, tomando como base uma norma geral como a proposta por Bricola, à qual faz-se referência na nota 54.

⁽⁶³⁾ Esta é a preocupação adiantada por G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 442 e 453, onde chega a sustentar que os tipos de perigo abstrato “chocam-se menos com o princípio de determinação suficiente” e que, sob este aspecto, oferecem uma “não desprezível vantagem sobre os tipos de perigo concreto”. E tem de se reconhecer que em todos os casos em que o perigo concreto não se presta a uma prefiguração legal taxativa, tende inevitavelmente a seguir o modelo penal do “tipo de autor”, baseado na valoração sempre arbitrária da personalidade do imputado.

⁽⁶⁴⁾ A expressão é de F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 83.

⁽⁶⁵⁾ “Não pode haver delito senão quando o mal imposto à sociedade seja uma consequência necessária e próxima da ação” (Condorcet, *Série de fragments, Inédits*, cit., p. 416).

⁽⁶⁶⁾ S. Pufendorf, *De jure naturae*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 8-14; idem, *De officio hominis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 6-14, p. 428-431; Ch. Thomasius, *Fundamenta*, cit., liv. I, cap. V, par. 5, 8-10, 17-21,

p. 146-149; idem, *Institutiones*, cit., liv. III, cap. VII, par. 101-110, p. 424-425. O fundamento utilitário do princípio da natureza externa ou material do delito mantém-no também G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 37, p. 19, par. 86, p. 32, e par. 96, p. 34, e F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 28, p. 67.

⁽⁶⁷⁾ Como se sabe, as expressões “causa” e “causalidade” suscitam enormes problemas filosóficos. Aqui bastará, para o fim de analisar a estrutura do delito, lembrar as observações que sobre os termos “causa” e “condição” foram feitas na nota 64 do capítulo 3 e, em particular, a definição de “causa” proposta por Scheffler: “Podemos identificar como causa aquela condição que reputamos sujeita ao controle humano e capaz de subministrar uma base para a determinação de responsabilidades legais ou morais”.

⁽⁶⁸⁾ É o argumento usado por B. Spinoza, *Trattato politico*, cit., cap. III, par. 8, p. 190-192, para sustentar a não punibilidade dos delitos de pensamento, dos atos internos e de omissão “daquelas ações que a natureza humana abomina, até o ponto de tê-las por piores que algum mal, como testemunhar contra si mesmo, torturar-se, matar seus pais, não se esforçar para evitar sua própria morte e coisas análogas”; de fato, “não pertence aos direitos da sociedade tudo aquilo para cuja execução ninguém pode ser induzido com prêmios ou ameaças”.

⁽⁶⁹⁾ A. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*, cit., p. 289 e ss., fala expressamente do direito de realizar comportamentos imorais.

⁽⁷⁰⁾ U. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 18; ibidem, cap. IV, par. 3. A máxima de Ulpiano (*3 ad edictum*) é “cogitationis poenam nemo patitur” (D. 48.19.18), e foi retomada por C. Thomasius, *Problema-juridicum: an haeresis sit crimen*, Typis Salfedii, Halae, 1697, par. 9: “Cogitationis de crimine poenam nemo patitur”. Cf. também T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 430: “Pode haver pecado no pensamento ou no secreto propósito de um homem, coisas de que nenhum juiz, nenhuma testemunha, nem ninguém pode ter conhecimento; enquanto um delito é aquele pecado que consiste numa ação contra a lei, e cujo autor pode ser acusado, processado por um juiz, e demonstrar sua culpabilidade ou sua inocência por meio das testemunhas”; ibidem, p. 472: “Algun inglês pode entender que causar a morte de um homem e manifestar a intenção de fazê-lo sejam a mesma coisa?”.

⁽⁷¹⁾ *De l'esprit*, cit., XII, 11, p. 441.

⁽⁷²⁾ *Il mondo come volontà e come rappresentazione*, cit., par. 62, p. 508.

⁽⁷³⁾ *Dialogo*, cit., p. 501.

⁽⁷⁴⁾ *De officio hominis*, cit., liv. II, cap. XIII, par. 11.

⁽⁷⁵⁾ *Fundamenta*, cit., liv. I, cap. V-VI, p. 143-186.

⁽⁷⁶⁾ *Elementi di diritto penale*, cit., vol. II, liv. II, p. 76. “A ação”, acrescenta Pessina, “constitui a matéria do delito” (ibidem, liv. I, cap. I, p. 132). Por seu lado, toda a Escola Clássica italiana afirma unanimemente o caráter “material”, “exterior”, “físico” ou “manifesto” da ação: cf. G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXV, 12-13, p. 501; G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 577-578, p. 258-259, e par. 623-644, p. 276-285; G. Carmignani, *Elementi*, cit., 86, p. 52; F. Carrara, ob. cit., par. 15, p. 58 e 28, p. 67-68. Cf. também Condorcet, *Définition du crime*, *Inediti*, cit., p. 443.

⁽⁷⁷⁾ “Mas nas coisas que ofendem à divindade, quando não existe ação pública, não existe tampouco matéria de delito: são coisas que passam entre o homem e Deus, quem conhece a magnitude e o momento da sua vingança” (Ch. Montesquieu, ob. cit., XII, 4, p. 433), seguindo a tese de Tácito: “Deorum iniurias dii curae” (*Annales*, I, 73). No mesmo sentido, cf. T. Hobbes, *De cive*, cit., XIV, 19, p. 280-281, e XV, 19, p. 309; idem, *Dialogo*, cit., p. 495-509; J. Locke, *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 136 e ss. e 141 e ss.; Ch. Thomasius, *Problema-juridicum: an haeresis sit crimen*, cit.; C. Beccaria, ob. cit., VII, p. 23; Voltaire, *Commentario*, cit., III-VII, p. 609-621; idem, *Prix*, cit., art. VIII, p. 546-549 e X, p. 554-557; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XLIV, p. 602 e ss.; J. Bentham, *Principes de législation*, cap. XII, *Traité*, cit., p. 38. A diferença entre *poenae humanae* e *poenae divinae*, por um lado, e entre leis civis e leis eclesásticas por outro foi formulada respectivamente por Ch. Thomasius, *Institutiones*, cit., liv. III, cap. VII, par. 22, 25, 34-36, e por J. Locke, ob. cit., p. 141 e ss.

⁽⁷⁸⁾ Ch. Thomasius, *De crimine magiae*, Typis Salfedii, Halae, 1701, parágrafos 13, 48, 52-56. Sobre essa famosa obra de Thomasius, veja-se M. A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., p. 130-158.

⁽⁷⁹⁾ *De l'esprit*, cit., XII, 5, p. 435-436. Contra os “delitos de encantamento, magia, sortilégio, bruxaria, adivinhação, augúrio, interpretação de sonhos etc., nomes sempre lembrados na história das desgraças, dos erros e das superstições dos povos; nomes que, depois de ter banhado a Europa de san-

gue, deveriam ter desaparecido de seus Códigos, mas que, ignominiosamente para nossos legisladores, conservam ainda um lugar neles e não deixam de provocar, aqui e lá, matanças mais ou menos grandes, apesar do progresso das luzes”, veja-se também G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. LV, p. 711-713; Voltaire, *Commentario*, cit., IX, p. 623-624; idem, *Prix*, cit., IX, p. 549-554.

⁽⁸⁰⁾ Ch. Thomasius, *De crimine bigamiae*, Georgi, Lipsiae, 1685. Contra a punição do adultério e da bigamia, veja-se também C. Beccaria, ob. cit., XXXI, p. 76-77; Voltaire, *Prix*, cit., art. XII, p. 563-565.

⁽⁸¹⁾ *De l'esprit*, cit., XII, 12-13, p. 442-444. Contra os delitos políticos de expressão, cf. também K. F. Hommel, *Introduzione*, cit., p. 603; Voltaire, *Prix*, cit., arts. XI e XXI, p. 557 e ss. e 574-576. Lembre-se que no direito romano, que inclusive considerava o *crimen maiestatis* como *proximum sacrilegio* (D. 48.4.1 pr.), os delitos de expressão, como os de escárnio e de blasfêmia, castigados com penas draconianas na Europa pré-moderna (notas 86 e 88 do capítulo 7), foram sempre tolerados penalmente (D. 48.4.7.3; Cl. 9.7).

⁽⁸²⁾ G. Humboldt, *Saggio*, cit., XIII, p. 134.

⁽⁸³⁾ O nexo entre taxatividade e materialidade da ação, mais do que com a lesividade do resultado danoso, é manifesto em G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XXV, p. 501-502: “Se as ações são muito mais difíceis de determinar do que os direitos; se é necessário descrever aquelas, quando basta definir estes, devem as leis criminais descender a certos pormenores, em que não devem deter-se as civis, a não ser que se queira deixar nas mãos dos juizes uma arbitrariedade perniciosíssima”.

⁽⁸⁴⁾ *De l'esprit*, cit., XII, 7, p. 438: “As leis da China dispõem que qualquer pessoa que falte com respeito ao imperador deve ser castigada com a morte. Mas como não definem o que é a falta de respeito, qualquer coisa pode ser pretexto para tirar a vida a quem quer que seja e para exterminar uma determinada família... Basta que o delito de lesa-majestade seja impreciso para que o Governo degenerem em despotismo”. Montesquieu, em particular, rejeita a punibilidade das palavras indiscretas, isto é, dos delitos de opinião, com o argumento de que é impossível, por seu equívoco, dar deles uma definição legal taxativa: “Podem-se dar tantas interpretações às palavras, existe tanta diferença entre a indiscrição e a maldícia, mas tão pouca entre as expressões que empregam, que a lei não pode submeter as palavras à pena capital, a menos que declare expressamente quais ficam submetidas a ela”. Por outro lado, “as palavras não formam um corpo de delito, não vão além da idéia. A maioria das vezes não têm significação por si mesmas, senão pelo tom com que são ditas. Costuma acontecer que ao dizer as mesmas palavras não se lhes dá o mesmo sentido, pois tal sentido depende da relação que guardam com outras coisas. Às vezes o silêncio é mais expressivo que todos os discursos. Não existe nada tão equívoco como tudo isso; como fazer, pois, disso um delito de lesa-majestade? Onde quer que exista esta lei, não só não haverá liberdade, senão que nem sequer existirá sua sombra” (ibidem, XII, 12, p. 442).

⁽⁸⁵⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XIII, p. 33: “Finalmente é quase nenhum o crédito que se deve dar a uma testemunha quando o delito que se investiga consiste em palavras, porque o tom, o gesto, tudo o que precede e o que segue, as diferentes idéias que os homens dão às mesmas palavras, alteram-nas e modificam-nas de tal forma que é quase impossível repetir precisamente quais foram ditas. Ademais disso, as ações violentas e fora do uso ordinário, como são os delitos verdadeiros, deixam sinais de si na multidão das circunstâncias e nos efeitos que delas resultam; mas as palavras não permanecem mais do que na memória, comumente infiel...”.

⁽⁸⁶⁾ *Définition du crime*, cit., p. 443: “Entendo por delito em geral uma ação exterior e física... E digo uma ação exterior e física porque o crime, para ser objeto de uma lei, tem que ser provado”.

⁽⁸⁷⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVII, p. 240. Vejam-se também as passagens do *Dialogo* reproduzidas na nota 70.

⁽⁸⁸⁾ *Dialogo*, cit., p. 475 e 474.

⁽⁸⁹⁾ F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 82-83.

⁽⁹⁰⁾ Limite-me a recordar as diferentes tipologias e classificações de delinquentes em “delinquentes natos”, “loucos morais”, “delinquentes loucos”, “delinquentes epiléticos”, “delinquentes por ímpeto”, “delinquentes ocasionais”, “delinquentes por hábito adquirido”, “delinquentes fortuitos” e “delinquentes por instinto”, elaboradas por C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie* (1876), 5.ª ed., Fratelli Bocca, Torino, 1897; E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, cit.; idem, *Sociologia*

criminale, cit., p. 143-266; idem, *Atlante antropologico-statistico dell'omicidio*, Fratelli Bocca, Torino, 1895; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., parte II. Sobre o ascendente teórico destas doutrinas da desigualdade natural, cf., *infra*, a nota 156. A antropologia criminal da Escola Positiva distingue-se por um explícito fundamento racista, que se manifesta na interpretação das anomalias desviantes através das leis do atavismo e da degeneração e nas analogias estabelecidas entre os traços somáticos e fisiológicos regressivos dos diferentes delinquentes e os dos selvagens e raças de cor. Sobre a cultura criminológica positivista, cf., finalmente, o volume sobre *La scienza e la colpa*. Crimini, *criminologi: un volto dell'ottocento*, org. por U. Levra, Electa, Milano, 1985.

⁽⁹¹⁾ E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 235, exige, como pressuposto da pena, já não “a fixação de cada *figura típica penal* (às quais referem-se logicamente as *medidas da pena* fixadas pela lei ou o tribunal), senão uma descrição precisa dos *sintomas* que caracterizam o Estado socialmente perigoso”.

⁽⁹²⁾ O desenvolvimento da “teoria do ilícito pessoal” de Welzel e, mais genericamente, as etapas do processo de subjetivação e de introdução de elementos éticos nos tipos penais – vivido pela cultura alemã da primeira metade do século – foram reconstruídos por T. Würtenberger, *La situazione spirituale*, cit., especialmente na p. 74 e ss. Cf. também A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 79 e ss.; idem, *Positivismo giuridico*, cit.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 33-56; M. La Torre, *La 'lotta contro il diritto soggettivo'*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Giuffrè, Milano, 1988, p. 317-360. Dentre as obras de juristas alemães que nos anos trinta lançaram as bases do direito penal nazista, limito-me a recordar G. Dahm-F. Schaffstein, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933; W. Sauer, *Recht und Volksmoral im Führerstaat*, cit.; K. Larenz, *Vom Wesen der Strafe*, *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1936, 2; G. Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1935; idem, *Verrat und Verbrechen*, cit.; idem, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Weichen, Leipzig, 1940; idem, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, p. 225 e ss.; W. Gallas, *Die Krise des Strafrechts und Überwindung im Staatsgedanken*, ibidem, 1934, p. 11 e ss.; F. Schaffstein, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, ibidem, 1934, p. 603 e ss. Cf. também A. De Marsico, *Prime linee della riforma hitleriana del diritto penale*, *Rivista Penale*, 1934, p. 15 e ss.; F. Grispiigni, *I principi fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, *La Scuola positiva*, 1941, I, p. 3 e ss.; F. Grispiigni-E. Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano, 1942.

⁽⁹³⁾ Sobre a responsabilidade sem culpa nos ordenamentos primitivos, veja-se C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., p. 34-101; A. Tosti, *La colpa penale. Studio sociologico giuridico*, Bocca, Torino, 1902, p. 8-44; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 67; idem, *Società e natura*, cit.; M. Ginsberg, *La giustizia nella società*, cit., p. 205 e ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 149-151. Sobre o modelo, típico na sociedade primitiva, da responsabilidade coletiva familiar e da vingança de sangue, cf. as obras citadas na nota 31 do capítulo 5.

⁽⁹⁴⁾ Cf. H. Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 281-375, que reconstrói a história do princípio do contrapelo (talão) e das suas relações com a idéia de responsabilidade nos poemas homéricos, nas tragédias de Ésquilo, de Sófocles e de Eurípides e nos mistérios eleusinos e pitagóricos; E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., p. 237-239 e 259-285; A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, cit., p. 139-196. A responsabilidade dos descendentes por delitos contra o Estado está documentada em Dionísio de Halicarnaso (*Antichità*, liv. VIII, par. 80). E é admitida inclusive por Platão, que, depois de ter afirmado que em tais delitos “o vilipêndio e o castigo do pai não se estenderão até os filhos”, declara que, em caso de condenação à morte do pai ou do avô, os descendentes deveriam ser expulsos do Estado (Le leggi, 856d, in *Dialoghi politici*, cit., p. 361-362). Platão conhece, no entanto, a diferença não só entre injustiças “voluntárias” e “involuntárias” (ibidem, p. 861e-862a, p. 371), como também entre homicídio involuntário sem culpa (caso das competições e jogos públicos, ou do causado pelo médico), ou culpavelmente acidental (ibidem, p. 865a-866d, p. 375-378), ou voluntário com intenção (ou com premeditação) e preterintencional (por ira ou por um impulso cego) (ibidem, 866e-869e, p. 378-382). Tais diferenças ficam, não obstante, imprecisas ou, pelo menos, complicadas pela tese ético-intelectualista de que “todos os homens maus, sem exceção, são involuntariamente maus” (ibidem, 860d, p. 369). A idéia de que a culpabilidade fundamenta-se na “diferença entre o que é voluntário e o que é involuntário” e sobre a necessária voluntariedade do ato injusto está formulada com

nitidez e repetidamente por Aristóteles, *Ética Nicomachea*, cit., III, 1-2, 1110a-1112a, p. 57-65; ibidem, 5, 1113b-1114a, p. 70-73; ibidem, V, 5, 1132b, p. 136; ibidem, 8, 1135a-1136a, p. 146-149; ibidem, 11, 1138a, p. 157; idem, *Grande ética*, cit., I, 33, 1195a-b, p. 39 e ss; idem, *Retórica*, cit., I, 10, 1368b, p. 48; ibidem, 13, 1373b, p. 65-66. E já Antígona, no *Edipo a Colono*, de Sófocles, tinha-o mantido assim, invocando, em defesa do seu pai, o caráter “involuntário” das ações que tinha realizado. A primeira diferenciação coerente entre “delitos voluntários” e “delitos involuntários” remonta à legislação de Dracon, do século VII, na qual se vinculava, mais do que a uma clara distinção em bases psicológicas, à organização dos tribunais de Atenas e suas diferentes competências: o *Areópago*, para os assassinatos voluntários subtraídos à vingança familiar pela cidade; o *Paládio*, para os delitos culposos ou de voluntariedade discutível, punidos em ocasiões com o exílio; o *Delfínio*, para as mortes claramente involuntárias ou escusáveis, acontecidas nos jogos ou na batalha (Aristóteles, *La costituzione degli ateniesi*, LVII, *Política*, cit., p. 491; Demóstenes, *Orazione contro Aristocrate*, par. 65-79). Cf. sobre este tema, P. Ricoeur, *Finitudine e colpa*, cit., p. 366 e ss.

⁽⁹⁵⁾ *Levítico*, 5, 17: “E quando alguém pecar fazendo, sem sabê-lo, o que o Eterno proibiu fazer, será culpável e sofrerá a pena da sua iniquidade; *Números*, 35, 22-27, onde legitima-se o castigo com a pena capital, em mãos do “vingador de sangue”, do homicida por erro que sai da “cidade refúgio” onde foi confinado por causa do seu delito involuntário. Mas as palavras mais terríveis são as contidas no *Decálogo*: “Eu, o Eterno, teu Deus, sou um Deus zeloso que castiga a iniquidade dos pais na pessoa dos seus descendentes até a terceira e quarta geração descendente dos que me odeiam” (*Êxodo*, 20, 5; *Deuteronômio*, 5, 9). Em sentido contrário, cf. *Deuteronômio*, 24, 16, talvez por ser uma compilação mais tardia. De resto, a idéia mesma do pecado original expressa uma concepção objetiva e impessoal de responsabilidade.

⁽⁹⁶⁾ P. Del Giudice, *Diritto penale germanico*, cit., p. 452-470; C. Calisse, ob. cit., p. 60 e ss. Sobre a responsabilidade por delitos alheios, e em particular sobre a responsabilidade dos descendentes por culpas dos pais, veja-se antes de tudo A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., 189, p. 373-386. Uma firme rejeição da idéia da “corrupção do sangue” — como lembra F. Carrara, Dante criminalista, *Oposcoli*, cit., II, p. 655 e ss. — é detectável no *Inferno*, XXXIII, onde Dante estigmatiza a condenação dos filhos do conde Ugolino. Durante toda a Idade Média continuará afirmando-se o princípio germânico da relevância proeminente do elemento objetivo: “De generali consuetudine non punitur effectus nisi sequitur effectus”, escrevia ainda G. Claro, *De maleficiis*, par. 92; e Aretino, *De maleficiis*, IV, 37: “Statuta per Italiam puniunt factum et non animum” (citados por A. Ravizza, *Reato, Digesto italiano*, cit., XX, 1911, p. 292).

⁽⁹⁷⁾ O *Êxodo*, 21, 28-30, e o *Levítico*, 20, 15-16, proclamam a responsabilidade dos animais. De processos contra “o animal que matou” e inclusive contra “objetos inanimados que tiram a alma do homem, ou com os quais este pode machucar-se, ou os que lhe caíam em cima” fala também Platão, *Le leggi*, cit., 873e-874a, p. 387-388, que, ademais, impõe aos “parentes do morto” a “obrigação jurídica” de iniciar a causa ante os agrônomos e vizinhos eleitos como juízes. Cf., ademais, Demóstenes, *Orazione contro Aristocrate*, par. 76: “Existe, de outra parte, um quarto tribunal, o do Pritaneo. E este o que é? Se uma pedra, um pedaço de pau, um pedaço de ferro ou algo semelhante, caindo sobre alguém, machuca-o, e se desconhece quem jogou-o e apenas se conhece e tem-se o objeto que causou o homicídio, ante esse tribunal apresenta-se a querela judicial contra esses objetos”. Encontramos amplas referências sobre os processos contra animais em F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 41, p. 75-76; P. del Giudice, I processi e le pene degli animali, in AA.VV., *Pel cinquentesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, Tip. Trani, Napoli, 1899, vol. I, p. 367-376; C. Calisse, ob. cit., p. 35 e ss.; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 4, nota; V. Manzini, Imputabilità e responsabilità, *Digesto italiano*, cit., XIII, 1902, p. 306 e ss.; idem, *Trattato di diritto penale*, cit., I, 203-bis, p. 458-463. Manzini relata numerosos processos contra animais na Idade Média. E lembra, dentre os casos mais recentes, um processo contra um galo, condenado à morte por um jurado, em Leeds, na Inglaterra, em 1864; um processo contra uma macaca celebrado em Elmira, Estados Unidos, em 1894; e um processo contra um cachorro, finalmente executado na cadeira elétrica, no ano de 1926 em Pickerville, Estados Unidos. Mais difusão alcançaram, e inclusive foram admitidos por algum juriconsulto, os processos e castigos sobre os cadáveres dos suicidas (ob. cit., p. 463-466), em relação aos quais cabe recordar as lacerantes palavras de Voltaire, *Prix de la justice*, cit., art. V, p. 542.

⁽⁹⁸⁾ O princípio da responsabilidade corporativa das sociedades e em geral das pessoas jurídicas é de origem germânica e dominou, quase sem discussão, da Idade Média até Bartolo. Ainda no século passado e no atual tem encontrado algum defensor, como Gierke, Von Liszt, Hafter, Longhi e De Marsico. Cf. sobre o tema, V. Manzini, *Trattato*, cit., par. 205, p. 469-480; G. Maggiore, ob. cit., t. I, p. 354-360.

⁽⁹⁹⁾ Assim sentenciou P. Farinaccio, *Praxis et theoriae criminalis*, cit., II, 1, quaestio XCVIII, n. 1, f. 309: “Regula enim est, mulieres non sic graviter puniendas quam mares, ac in poenis infligendis sexus rationem habendam... quia in foemina minus est rationis quam in viro, et pluribus probat Tiraquellus”; o tal Tiraquellus (ou Tiraqueu), em cuja autoridade baseia Farinaccio sua tese sobre a *infermitas*, a *fragilitas* ou a *imbecilitas sexus* (ibidem, quaestiones LXXXIX, n. 51-53, e XICVIII, n. 1-17), tinha dedicado ao tema várias partes do seu elaborado tratado *De legibus connubialibus et iure maritali*, que chegou à 5.ª ed., apud Rovillium, Lugduni, 1554. Paulo (*Liber sing. de iuris et facti ignorantia*) tinha sustentado, por seu lado, que se deve reconhecer em favor da mulher, como em favor dos menores, a circunstância exculpante de ignorância do direito: “Minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo scibi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur” (D. 22.6.9. pr.). O direito canônico (C. 6 (Alex. III), X, V, 12) e muitos ordenamentos italianos pré-unitários (cf. V. Manzini, *Trattato*, cit., par. 206, p. 481) mantiveram a idéia de que a mulher tem capacidade penal menor que a do homem. Por outro lado, não sempre o sexo influenciou penalmente em favor da mulher: se entre testemunhas e acusados se tinha tanto homens como mulheres, aconselhava-se aos juízes começar torturando às segundas, por serem menos resistentes à dor: “Foemina prius torquetur quam masculus, quia homo, tamquam maioris conscientiae et constantiae, tardius confiteretur et mulier citius, quia momentaneum et instabilem cor habet” (Baldo de Periglis, *Tractatus de quaestionibus et tormentis*, *Volumen praeclarissimum omnium tractatum criminalium*, recopilado por G. B. Ziletti, cit., p. 377v). A tese da menor capacidade penal da mulher foi sustentada ainda no século passado por muitos insígnis criminalistas: G. Carmignani, *Elementi*, cit., 184, p. 73: “É verdade, segundo as observações dos fisiólogos, que os órgãos da geração têm muita influência sobre os que servem ao entendimento. Nas mulheres a medula espinhal é mais débil e delicada que a dos homens, logo as mulheres têm suas forças de espírito mais débeis, e mais delicados os meios atuais de adquirir as idéias. Isso assentado, o sexo é também uma causa justa para que o delito seja imputado em menor grau ao agente”; idem, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., liv. II, IX, 2, p. 96-99; B. Alimena, *I limiti e i modificatori della imputabilità*, Bocca, Torino, 1896, II, p. 354, que funda a tese da atenuação da responsabilidade da mulher no fato de ser ela é um “ser abdominal”, enquanto o homem é um “ser torácico”. Francesco Carrara dedicou até cinco parágrafos de seu *Programa* para argumentar a tese inversa, da igualdade entre homens e mulheres (ob. cit., I, par. 233-237, p. 226-233). Referências mais amplas e profundas em M. Graziosi, *Studi sull' inferiorità penale della donna*, de próxima publicação.

⁽¹⁰⁰⁾ “Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto” (Numa, 12, *Les lois des romains*, 7.ª ed., org. V. Giuffrè, dos *Textes de droit romain*, t. II, de P. F. Girard e F. Senn, Jovene, Napoli, 1977, p. 17). Nos textos romanos sucessivos, o elemento da culpabilidade é designado, para além da expressão *sciens*, com os termos mais diversos: *animus nocendi* (*occidendi, furandi, iniuriae faciendae*), *voluntas, propositum, consulto, sponte, volenter, fraude, dolo malo, malitiose, per nequitiam* e semelhantes. E desde a era republicana vem-se considerando constantemente como um elemento essencial do delito. Igualmente firme é no direito romano o princípio da responsabilidade pessoal: “Singulorum proprium est maleficium”, afirma Gayo (3 *ad edictum provinciale*, D. 47.10.34); “si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat”, escreve Paulo (19 *ad Plautium*, D. 48.19.20); e Calístrato (1 *de cognitionibus*, D. 48.19.26): “Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest”. Já no Baixo Império (ano 397) Arcádio e Honório decretaram, somente para os crimes *lesae maiestatis*, que às penas cominadas aos autores se acrescentassem consequências infamantes para os filhos (CI. 9.8.5.1-6); mas mantiveram o princípio *peccata suos teneant auctores* para todos os demais delitos (CI. 9.47.22). É, finalmente, um consolidado princípio romanista o de que *societas delinquere non potest*, assim como *nec potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret* (Ulpiano, 18 *ad edictum*, D. 9.1.1.3-4). O direito romano, no entanto, conheceu desigualdades na punição de livres e escravos, de infames e de *homines integrae famae* (*infra*, nota 158). Sobre o elemento subjetivo do delito no direito romano, cf. C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, cit., I, p. 38-72; S. Pugliatti, *Animus*, *Enciclopedia del diritto*, cit., II, p. 437 e ss.; F. Cancelli, *Dolo* (direito romano penal), ibidem, XIII, p. 716 e ss.

⁽¹⁰¹⁾ Na doutrina cristã, o princípio está estreitamente ligado ao do “livre-arbítrio”, do qual se tratará mais tarde: cf. Tomás de Aquino, *Summae theologiae*, cit., Ia, IIae, quaestio XXI, art. 2: “Peccatum proprie consistit in actu qui agitur propter finem aliquem... Ex hoc enim dicitur actus culpabilis vel laudabilis, quod imputatur agenti. Tunc autem actus imputatur agenti, quando est in potestate ipsius, ita quod habeat dominium sui actus. Hoc autem est in omnibus actibus voluntariis”. Não falta tampouco em Santo Tomás uma surpreendente teorização da responsabilidade por fatos alheios, mais em concreto, dos filhos pelas culpas dos pais: “Si autem loquamur de poena quae habet rationem medicinae, sic contingit quod unus punitur pro peccato alterius... Unde nihil prohibet talibus poenis aliquem puniri pro peccato alterius, vel a Deo vel ab homine: utpote filios pro patribus, et subditos pro dominis, inquantum sunt quaedam res eorum”; por um lado, “quia filii, in peccatis parentum nutriti, prioris sunt ad peccandum: tum propter consuetudinem; tum etiam propter exemplum, patrum quasi auctoritatem sequentes”; e por outro, “quia poena propinquorum quodammodo redundat in illos qui peccaverunt, ut dictum est, inquantum filius est quaedam res patris” (ibidem, Ia, IIae, quaestio LXXXVII, art. 8). A culpabilidade vem também exigida pelo direito canônico, que a define como “deliberata voluntas violandi legem, cuique opponitur ex parte intellectus defectus cognitionis, ex parte voluntatis defectus libertatis” (can. 2200). Sobre a culpabilidade nos ordenamentos medievais, cf. C. Calisse, ob. cit., p. 242-268; A. Tosti, ob. cit., p. 32-40.

⁽¹⁰²⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 480 e 530 e ss.; S. Pufendorf, *De jure*, cit., liv. VIII, cap. III, 14; G. Filangieri, ob. cit., t. III, liv. III, cap. XXV, n. 11-13, p. 501, cap. XXXVII, p. 573; K. F. Hommel, *Introduzione*, cit., p. 614; Condorcet, *Définition du crime*, cit., p. 444; G. Romagnosi, *Genesis*, cit., 579-600, p. 225-232. Cf. também as teses da Escola Clássica italiana referidas na nota 125.

⁽¹⁰³⁾ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 523.

⁽¹⁰⁴⁾ *Dei delitti e delle pene*, VII, p. 22-23. A intenção, acrescenta Beccaria, “depende da impressão atual dos objetos e da disposição interior da mente, que variam em todos os homens e em cada um deles com a velocíssima sucessão das idéias, das paixões e das circunstâncias. Seria, pois, necessário formar não só um Código particular para cada cidadão, senão uma nova lei para cada delito”. Está claro que aqui Beccaria, do mesmo modo que Kant, concebe a culpabilidade como uma característica do réu mais que do delito, equívoco comum ao objetivismo penal puro e ao subjetivismo penal puro, extremismos opostos em torno dos quais hoje se polarizam as doutrinas penais autoritárias. Também Bentham realiza uma valoração do elemento subjetivo do delito mas, coerentemente com seu rígido utilitarismo, não inclui a culpabilidade na sua definição axiológica do delito: “Chama-se de delito a todo ato que se acredita que deva ser proibido em razão de algum mal que produz ou é propenso a produzir. Este é o único significado que tem aquela voz em todo o discurso desta obra” (*Principes du Code Pénal*, cit., parte I, cap. I, p. 119); e Bentham chega ao ponto de justificar o agravamento da pena nos casos de “má-fé”, já não pela maior reprovação externa da ação intencional, senão pela maior periculosidade e pelo maior alarme social que provoca (ibidem, cap. VI, p. 123-124).

⁽¹⁰⁵⁾ Citado por H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 215.

⁽¹⁰⁶⁾ Ch. Thomasius, *Problema juridicum: an haeresis sit crimen*, cit., par. 9, p. 26 e 28.

⁽¹⁰⁷⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 501: “E muito menos são pecados os erros que não fazem dano nem à República nem aos homens, nem infringem nenhuma lei positiva ou natural; erros como aqueles em que se queimava gente nos tempos em que o Papa tinha o governo da nossa Igreja”.

⁽¹⁰⁸⁾ A expressão “sui-tá” da ação é usada pela primeira vez por F. Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928, p. 59. Os penalistas falam também, com terminologia aristotélica, de “causalidade subjetiva ou final” entre a vontade e a ação, diferente da “causalidade objetiva ou efetiva”, que une ação e resultado danoso (P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 23). Para confirmar a equivalência entre “personalidade” da responsabilidade penal e “causalidade subjetiva” da ação imputada, Manzini lembra que “a palavra latina *accusare* deriva precisamente de *causa*. No latim antigo *incusare* significava atribuir a alguém a causa de um fato, e *excusare* significava o contrário” (*Trattato*, cit., I, par. 241, p. 584).

⁽¹⁰⁹⁾ Alguns penalistas distinguem entre “imputabilidade” e “capacidade penal”, considerando esta como um pressuposto daquela e excluindo-a não somente nos sujeitos não imputáveis por doença mental, menoridade e semelhantes, senão também nas pessoas que gozam de imunidades ou prerrogativas especiais, como o chefe de Estado, o Papa e, segundo alguns, os agentes diplomáticos; assim V.

Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., I, par. 203, p. 454-458 e par. 209-210, p. 489-495; A. Moro, *La capacità giuridica penale*, Cedam, Padova, 1939; G. D. Pisapia, Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1942, p. 149 e ss.; M. Gallo, Capacità penale, *Novissimo digesto italiano*, cit., II, 1958, p. 880 e ss.; R. Dell'Andro, Capacità penale, *Enciclopedia del diritto*, cit., VI, 1960, p. 104 e ss. Negam virtualidade a esta diferenciação G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., p. 362 e ss.; G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 277 e ss.; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 416-417. A questão é somente terminológica e carece de interesse teórico. Não se vê, no entanto, a utilidade de duplicar os conceitos. Pelo contrário, é útil distinguir entre *imputabilidade*, que ao consistir na aptidão para ser autor de um delito é uma categoria do direito penal substancial, e *imputação*, que designa a adscrição de um delito concreto a uma determinada pessoa e que, portanto, é uma noção de direito processual penal. Sobre os inumeráveis problemas que traça a imputabilidade como conceito instrumental, cuja completa definição é impossível, assim como sobre as relações entre perfis normativos e perfis psiquiátricos da inimputabilidade, cf. O. de Leonardis, G. Gallio, D. Mauri, T. Pitch (org.), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Unicopli, Milano, 1988 (em particular, o trabalho de Pulitanò, p. 127 e ss.).

⁽¹¹⁰⁾ Entendo, portanto, injustificada a insatisfação comumente expressada por nossos penalistas – por exemplo F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 227, e G. Maggiore, ob. cit., p. 339 – pelo uso do termo “culpabilidade” em seus dois sentidos, específico e genérico.

⁽¹¹¹⁾ Sobre esta diferenciação entre “explicação causal” e “explicação teleológica”, veja-se R. Braithwaite, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 296-310.

⁽¹¹²⁾ A diferenciação encontra-se já em Aristóteles, *Metafísica*, cit., I, 3-7, 983a-988b, p. 16-38; idem, *Analitici secondi*, II, 11, 94a-95a, in *Organon*, cit., p. 377-380. Sobre o significado da palavra “causa”, remeto às observações feitas na nota 64 do capítulo 3.

⁽¹¹³⁾ Esta noção de “responsabilidade”, diferente das de “imputabilidade” e de “culpabilidade”, deve-se a G. Romagnosi, *Genesi*, cit., par. 593-595, p. 264-265 (cf., *supra*, nota 1 do capítulo 2).

⁽¹¹⁴⁾ Confundem “responsabilidade” com “culpabilidade” ou com “imputabilidade”, entre outros, F. Carrara, *Programa. Parte generale*, cit., I, par. 6, p. 53; J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal* (1855), 3.^a ed., Plon, Paris, 1863, par. 220-231, p. 98-103; G. Maggiore, ob. cit., p. 366-367; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 45 e 147 e ss.

⁽¹¹⁵⁾ Uso estas expressões com o significado que lhes dá M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 4. Hart também fala, empregando uma acepção análoga, do “significado da ação”: “As pessoas não se consideram, não consideram-se a si mesmas nem aos demais, simplesmente como corpos que se mexem de forma às vezes prejudicial, e que devam ser prevenidos ou alterados. As pessoas, pelo contrário, interpretam os movimentos próprios e alheios como uma manifestação de suas intenções e opções, e estes fatores subjetivos são com frequência mais importantes para seus relacionamentos sociais do que os movimentos por meio dos quais manifestam-se e do que seus efeitos. Se uma pessoa bate em outra, a vítima não pensa nela *somente* como uma causa da própria dor; com efeito, terá uma importância fundamental para esta se a pancada foi intencional ou involuntária. Se a pancada foi leve mas intencional tem para a pessoa agredida um *significado* totalmente diferente do que tem uma pancada acidental, embora tenha sido muito mais forte... A natureza humana na sociedade humana é efetivamente esta, e não temos por ora capacidade para mudá-la. Esse fato fundamental tem consequências para o direito” (*Responsabilità e pena*, cit., p. 209). Hart, remetendo-se a Austin, acrescenta que só existe uma ação verdadeira e própria quando se dá “uma conexão mínima necessária entre mente e corpo” (ibidem, p. 124-125). No mesmo sentido, A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 223-224: “Existe uma evidente diferença entre o caso de A, que, brincando, joga uma pedra contra B para que este a pegue, e o caso de A, que, durante uma manifestação, joga uma pedra contra um policial para jogá-lo ao chão... Nota-se imediatamente que o ato tem um determinado *sentido* e só assim se transforma num ato de determinado tipo: por exemplo, um arremesso no jogo e um assalto durante uma luta”.

⁽¹¹⁶⁾ “Por que reagimos de maneira diferente frente a quem nos pisa no pé quando compreendemos que foi por acaso? Porque entendemos que o fato não espelha uma mentalidade, um caráter que faça temer que se repetirão agressões semelhantes em situações semelhantes. Uma reação com a função preventiva de influenciar sobre a mentalidade é por isso *supérflua, inútil, sem sentido*... A reprovação moral é um ato considerado como uma reação preventiva com o fim de dirigir a conduta” (A.

Ross, ob. cit., p. 151-152). Este fundamento já se encontra formulado em Ch. Thomasius, *Fundamenta*, cit., liv. I, cap. VII, par. 19, p. 192, e, de maneira mais ampla e argumentada, em J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, cit., cap. XIII, par. 9, n. 1, sob o título de “casos não adequados à pena”. Tudo isso é criticado por Hart como uma “espetacular *non sequitur*” (*Responsabilità e pena*, cit., p. 45 e ss., 67 e ss., 103, 205-206). Na realidade, *non sequitur* é a crítica de Hart. Este diz que a tese de Bentham demonstra apenas que diante de incapazes e inculpáveis é inútil, como intimidação geral, a ameaça de pena, mas não também que o seja a sua aplicação concreta. Mas precisamente a primeira é o que tem de se demonstrar, e não a segunda, se se compartilha a doutrina que vê o fim da pena na prevenção geral por meio da ameaça, e não aquelas, próprias do terror penal, que situam-no na prevenção geral por meio do exemplo subministrado por sua imposição (*supra*, parágrafo 22). A crítica de Hart é, porém, infundada, inclusive quando compartilhamos estas doutrinas. Hart baseia-a no argumento de que a punição de incapazes e inculpáveis teria uma função intimidatória, se não para eles, para os capazes e culpáveis, com o que se fecharia a possibilidade de enganar os tribunais simulando estados de incapacidade ou de inculpabilidade. Mas é um argumento não pertinente, atinente à dificuldade de prova da culpabilidade e não a seu fundamento como justificação da pena. Dirige-se à prevenção das falsas defesas, não dos delitos. Certamente a prevenção das falsas defesas pode ter algum efeito preventivo indireto diante do cometimento de delitos. Mas tal efeito ficaria, nestes casos, amplamente neutralizado pelo fato de que a punição indiscriminada tanto dos atos não culpáveis como dos culpáveis privaria a punição destes últimos da eficácia preventiva que comportam sua maior e específica reprovação e estigmatização.

⁽¹¹⁷⁾ H. L. A. Hart., ob. cit., p. 208; ibidem, p. 49-50 e 234; A. Ross, ob. cit., p. 226-227.

⁽¹¹⁸⁾ H. L. A. Hart., ob. cit., p. 209.

⁽¹¹⁹⁾ “O homem é princípio e gerador das suas ações como é de seus filhos” (Aristóteles, *Ética Nicomachea*, cit., III, 5, 1113b, p. 70-71). Além de cada uma destas duas orientações existem longuíssimas tradições filosóficas. Basta recordar, dentre os deterministas, os estoicos, luteranos, calvinistas, jansenistas e, ademais, Hobbes, Spinoza, Diderot, Helvetius, La Mettrie, d’Holbach, e os filósofos e criminologistas positivistas do século passado, de Moleschott, Vogt e Büchner a Spencer, Ardigò e Lombroso. E dentre os defensores do livre-arbítrio, Platão, Aristóteles, Santo Tomás, e, na época moderna, Grócio, Pufendorf, Locke, Leibniz, Voltaire, Rousseau, além, obviamente, de Kant, Fichte, Hegel e toda a subsequente filosofia idealista e espiritualista.

⁽¹²⁰⁾ A análise desta expressão tem dado lugar a uma rica literatura. Impõe-se recordar: G. E. Moore, *Ethics* (1912), Oxford University Press, London, 1966, p. 102-105; C. L. Stevenson, *Ethics and language* (1944), trad. it. de S. Ceccato, *Ética e linguaggio*, Longanesi, Milano, 1962, cap. XIV, p. 386-409; G. Ryle, *The concept of mind* (1949), trad. it. de F. Rossi Landi, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, p. 73-80; idem, *Dilemmas* (1954), trad. it. de E. Mistretta, *Dilemmi*, Ubaldini, Roma, 1968, p. 29-30; C. A. Campbell, Is ‘free will’ a pseudo-problem?, *Mind* (1951), p. 446 e ss.; P. H. Nowell-Smith, *Ethics* (1954), trad. it. de E. e M. Cingoli, *Ética*, La nuova Italia, Firenze, 1974, p. 307-338; idem, If and cans, *Theoria*, 1960, 26, p. 85-101; J. L. Austin, Ifs and cans, *Proceedings of the British Academy*, 1956, 42, p. 109-132, agora em *Philosophical paper*, Oxford University Press, London, 1961; S. Hook (org.), *Determinism and freedom in the age of modern science*, New York University Press, New York, 1958; H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., cap. II, p. 55-79; R. Chisholm, He could have done otherwise, *Journal of Philosophy*, 1956, 65, p. 411 e ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 257-285 e passim.

⁽¹²¹⁾ P. Nuvoletone, I fini e i mezzi della scienza nel diritto penale (1949), *Trent’anni*, cit., I, p. 159 e ss. Cf., também, G. Bettiol, Oggettivismo e soggettivismo nell’ambito della nozione del reato, *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1966, II, p. 986 e ss.; N. Mazzacupa, *Il disvalore di evento*, cit., p. 1 e ss.

⁽¹²²⁾ P. Ricoeur, ob. cit., p. 353 e ss.

⁽¹²³⁾ G. Williams, *Criminal law. The general part*, Stevens and Sons, London, 1953, p. 346-347. Uma tese análoga é a de B. Wootton, ob. cit., p. 74 (*supra*, nota 135 do capítulo 5).

⁽¹²⁴⁾ C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit.; E. Ferri, *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Barbera, Firenze, 1878; idem, *Sociologia criminale*, cit., t. II, cap. III, p. 3-182; idem, *I nuovi orizzonti*, cit., cap. I; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 213-235; E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., I, p. 183-188; B. Wootton, *Crime and criminal law*, cit., p. 51 e ss. e 74;

idem, *Social science and social pathology*, Allen and Unwin, London, 1959, cap. VIII; E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 229 e ss.

(125) G. Filangieri, ob. cit., t. IV, liv. III, cap. XXXVII, p. 573: “Consiste pois o delito na violação da lei, acompanhada da vontade de violá-la”; F. M. Pagano, *Principi del Codice Penale*, cit., III, p. 11: “O dolo não é outra coisa que a vontade de causar dano, quer dizer, de violar a lei e os direitos consagrados pela lei”; ibidem, p. 17: “A ignorância da lei positiva pode escusar aqueles que, por diversas circunstâncias e pelas suas condições de vida, a desconheçam”; G. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, cit., par. 1334: “Dolo é a consciência de infringir livremente o que a lei proíbe ou manda. Ter conhecimento de que violamos uma lei, ao passo que somos livres de não violá-la, eis aqui no que consiste o dolo”; G. Puccioni, *Il Codice Penale toscano*, cit., I, sub art. 35, p. 308: “O dolo vem definido como ‘a intenção de violar livremente a lei penal’”; P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, cit., liv. II, cap. X, p. 219, segundo o qual “a consciência humana exige... para que um agente seja responsável: que o agente tenha podido conhecer a existência do dever” e que “tenha entendido que seu fato era susceptível de quebrar tal dever”; G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., par. 102-103, p. 36, que configura a culpabilidade como sendo “intenção direta ou indireta de violar a lei” e a exclui “quando não concorra” no sujeito o “entendimento da lei”; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., I, par. 59, p. 97, que requer, igualmente, o conhecimento da lei como requisito do elemento subjetivo do delito; ibidem, 69, p. 102: “Define-se o dolo como a intenção mais ou menos perfeita de executar um ato que se sabe que é contrario à lei”; idem, Della ignoranza come scusa (1877), *Opusculi*, cit., VII, p. 385-399. Também para Hobbes a ignorância da lei “é uma desculpa válida” quando “a lei civil do próprio país de um homem não é suficientemente declarada para que este homem possa conhecê-la, se o deseja, e a sua ação não vai contra a lei da natureza” (*Leviatano*, cit., XXVII, p. 241; ibidem, XXVI, p. 222-226; idem, *De cive*, cit., XIV, 11-13, p. 273-275). De resto, nem sequer no direito romano o princípio *ignorantia legis non excusat* teve vigência geral, e foram muitos os casos em que a *ignorantia iuris* foi considerada como uma circunstância de desculpa (D. 22.6.9); cf. C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., p. 144-162; Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., vol. I, p. 106 e ss.

(126) No nosso Código Penal este princípio está estabelecido no art. 5.º: “Ninguém pode invocar, para desculpar-se, a ignorância da lei”, mas o Tribunal constitucional, na recente Sentença 364, de 24.03.1988, declarou sua inconstitucionalidade por entrar em contradição com os arts. 1.º, 2.º, 3.º, 25 e 27 da Constituição, à medida que não admite a escusa de “ignorância invencível”. A mesma tese tem sido sustentada por M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 84 e ss.; D. Pulitanò, *Ignoranza (diritto penale)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., 1970, XX, p. 36-39; idem, *L'errore di diritto*, cit., p. 455-465; F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 54.

(127) Assim, D. Pulitanò, *L'errore*, cit., p. 27 e ss., segundo o qual o princípio de inescusabilidade da ignorância da lei penal (ou da presunção do seu conhecimento) refletiria a presunção apriorística de uma “racionalidade objetiva” e “abstrata” do direito positivo burguês, diante do qual o cidadão, enquanto ser também abstratamente racional, estaria em “posição análoga àquela em que o cidadão tipo, o comerciante, se encontra com a relação de câmbio”. Tal presunção de justiça ou de racionalidade objetiva do direito positivo – que Pulitanò, voltando a Pasukanis, atribui a toda a tradição liberal – contradiz, para além dos textos reproduzidos na nota 125, o princípio da diferenciação entre validade e justiça, ou seja, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo ao ordenamento positivo, princípio que, como se tem demonstrado, é a principal contribuição do pensamento jurídico liberal. O equívoco deve-se, provavelmente, ao fato de que tal presunção de apriorística racionalidade está efetivamente presente na orientação mais tardia, a ético-estatalista que começa com Hegel (cf. as passagens citadas na nota seguinte), erroneamente atribuído pela cultura marxista à tradição liberal, e que desemboca nas doutrinas penais fascistas e, por diversos caminhos, nas marxistas-leninistas. Sobre este equívoco, voltarei no parágrafo 59.

(128) Hegel identifica expressamente a consciência moral com a consciência jurídica, subordinando, de fato, a primeira à segunda: “A verdadeira consciência moral é a disposição de querer o que é bom *in se* e *per se*... O que constitui o direito e o dever, enquanto elemento *in se* e *per se* racional das determinações da vontade, não é portanto essencialmente a propriedade particular de um indivíduo, nem existe na forma do sentimento ou de qualquer outro saber singular, quer dizer, sensível, senão essencialmente na forma de determinações universais, pensadas, ou seja, de leis e princípios. A consciência moral está, portanto, submetida ao juízo de se é ou não verdadeira, e sua apelação exclusiva a si mesma opõe-se imediatamente ao que ela quer ser: a regra de um modo de atuar racional, universal

e válido *in se e per se*. Por conseguinte, o Estado não pode reconhecer a consciência moral na sua forma própria, quer dizer, como *saber subjetivo*, da mesma forma como na ciência não tem validade a *opinião* subjetiva e a afirmação e apelação à opinião subjetiva" (G. W. F. Hegel, ob. cit., par. 137, p. 124-125). A inescusabilidade da *ignorantia legis* é um corolário desta concepção ética das leis e legal da ética: "A exigência de que o delinquente no momento da ação *represente claramente* sua injustiça e punibilidade, se bem pareça preservar o direito da sua subjetividade moral, nega-lhe, pelo contrário, a natureza inteligente imanente" (ibidem, par. 132, p. 121).

⁽¹²⁹⁾ Diferentemente das teses da Escola Clássica referidas na nota 125, as concepções "normativas" da culpabilidade, desenvolvidas na Alemanha e na Itália neste século, baseiam-se sobretudo nas noções de "reprovação" e de "vontade ilícita", dando ensejo, assim, ao processo, aqui examinado, de subjetivação do direito penal: cf. R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldrechts, Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, p. 521 e ss.; J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, p. 129 e ss.; idem, *Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. Frank*, Tübingen, 1930, p. 428 e ss.; G. Musotto, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Giunti, Palermo, 1939; G. Bettiol, *Colpevolezza normativa e pena retributiva* (1943), *Scritti giuridici*, cit., II, p. 602 e ss.; idem, *Il problema penale* (1948), ibidem, II, p. 620 e ss.; idem, *Diritto penale*, cit., p. 255-264; G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., t. I, p. 324-344. Sobre estas teorias normativas da culpabilidade e sobre sua involução subjetivista, cf. A. Baratta, *Antinomie giuridiche*, cit., p. 26 e ss.; idem, *Positivismo giuridico*, cit., p. 83 e ss.

⁽¹³⁰⁾ E. Mezger, *Die Straftat als Ganze, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 675 e ss.; idem, *Schuld und Persönlichkeit*, Elvert, Marburg, 1932.

⁽¹³¹⁾ H. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 60, 1941, p. 428 e ss.; idem, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 136. Aqui define-se a culpabilidade como "ausência da autodeterminação com base num sentido em virtude da qual a pessoa pode dirigir sua conduta segundo o ordenamento jurídico".

⁽¹³²⁾ P. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 1940, considera a culpabilidade como "culpa pela eleição de vida" (*Lebensentscheidungsschuld*), identificando-a como a possibilidade que tinha o agente de "ser diferente". Desta maneira, como observa F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 233-234, a culpabilidade pode-se afirmar "em todos os casos" e praticamente dissolve-se, ao mesmo tempo que a ação, na figura do "tipo normativo de autor".

⁽¹³³⁾ Esta conclusão decisionista é produto, por um lado, do caráter meramente valorativo do juízo sobre a atitude interior (*Gesinnung*), que na doutrina alemã vem a coincidir com a fidelidade ou a não fidelidade ao ordenamento, e, por outro, da crise do princípio da legalidade, substituído no direito nazista pelo critério do "são sentimento do povo" impregnado pela mística do *Führerprinzip*. Sobre estas consequências irracionais e totalitárias, vejamos T. Würtenberger, *La situazione spirituale*, cit., p. 73 e ss.; A. Baratta, *Antinomie giuridiche*, cit., p. 79 e ss.; idem, *Positivismo giuridico*, cit.

⁽¹³⁴⁾ P. Nuvolone, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, cit., p. 161: "O sistema objetivo puro e o sistema subjetivo puro representam tipos ideais, tendenciais, e não tipos que tenham uma precisa concreção histórica"; N. Mazzacuva, ob. cit., p. 5, nota 11.

⁽¹³⁵⁾ O requisito da culpabilidade foi expressamente excluído da instrução penal em 1918 e proscrito depois dos Códigos Penais da RSFSR de 1922 e de 1926 (veja-se sobre este ponto as notas de elogio de E. Pasukanis, ob. cit., p. 235). No entanto, tem sido introduzido como essencial para a configuração do delito no vigente Código Penal da RSFSR, de 27 de outubro de 1960, que no art. 3.º (reproduzido na nota 79 do capítulo 7) enuncia simultaneamente os princípios da legalidade e da culpabilidade. Sobre o subjetivismo que, em aparente paradoxo, tem convivido sempre com o objetivismo penal soviético, por causa da relevância atribuída aos "caracteres específicos da personalidade do réu", cf. H. J. Berman, *Justice in the USSR* (1963), trad. it. de D. Vicenzi, *La giustizia nell'URSS*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 251 e ss.

⁽¹³⁶⁾ Recordem-se, além da Lei de 28 de junho de 1935, já mencionada no parágrafo 28.5, a lei de 26 de março de 1933 – que ampliava o tipo delituoso de infidelidade e introduzia a agravante de que fosse "nocivo para o bem do povo" –, a Lei de 24 de abril de 1934 – sobre delitos de alta traição e sobre criação do "Tribunal do Povo" – e a Ordenança de 5 de setembro de 1939, contra os "inimigos do povo". Sobre a estreita relação entre direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*) ou da atitude interior (*Gesinnungsstrafrecht*) e a doutrina do tipo normativo de autor (*Täternyp*), veja-se, além dos trabalhos relacionados na nota 129, A. A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam,

Padova, 1967, p. 484-485 e passim, e F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 66. Por outro lado, reflete bem a convergência substancial entre subjetivismo penal puro e objetivismo penal puro o fato de que a própria idéia das orientações subjetivistas, segundo a qual o delito tem valor para o direito penal enquanto “sintoma” do tipo normativo de autor, é comum às orientações objetivistas, que inclusive concebem o delito como “sintomático” do tipo criminal e perigoso do autor: cf. E. Florian, ob. cit., I, p. 373 e ss.; F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, cit., p. 206 e ss.; E. B. Pasukanis, ob. cit., p. 236.

⁽¹³⁷⁾ Vejam-se, *infra*, o item 44.2 e o capítulo 11.

⁽¹³⁸⁾ *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 111 e ss. Ross declara expressamente que pretende refutar não só o postulado do determinismo, senão também o princípio da incompatibilidade entre determinismo e moral, que habitualmente se deduz daquele (p. 115). E reivindica “a longa tradição da filosofia moral” que está detrás de sua tese da compatibilidade entre determinismo e liberdade moral: Santo Agostinho, Hobbes, Locke, Hume e, dentre os modernos, Jodl, Heymans, Dewey, Ayer, Ryle, Stevenson e Schlick.

⁽¹³⁹⁾ Ob. cit., p. 152-153.

⁽¹⁴⁰⁾ Limito-se a recordar C. S. Peirce, *Collected papers*, Harvard University, Cambridge (Mass.), 1935, 6, p. 35 e ss.; K. R. Popper, *Nuvole ed orologi, Conoscenza oggettiva*, cit., p. 277-340. O determinismo, como se sabe, entrou em crise nas ciências naturais com o abandono pela física do modelo mecanicista newtoniano, com a teoria quântica e com a afirmação do “princípio da indeterminação” de Werner K. Heisenberg.

⁽¹⁴¹⁾ Esta singular inércia que mantém ainda “a tese da mediação” e a insistência com que voltam a propô-la muitos filósofos da moral foram explicadas lucidamente por J. Watkins, *Three views concerning human freedom*, in R. S. Petres (org.), *Nature and conduct* (1975), trad. it. de A. Bettanini, *Natura e libertà*, Armando, Roma, 1978, p. 100: “O extraordinário progresso da física clássica determinista, desde o século XVII até finais do século XIX, parecia demonstrar que o determinismo era, ao longo desse amplo arco histórico, uma doutrina absolutamente *ineludível*. Assim, embora a idéia da liberdade humana não tenha sido abandonada totalmente – o que teria sido intolerável –, os filósofos pensavam que se *deveria* conciliá-la, de um modo ou de outro, com o determinismo. A tese da mediação tem atrás de si três séculos de atenta reflexão filosófica, pelo que não produz assombro o fato de que sua aceitação tenha se transformado num hábito consolidado no pensamento da maioria dos filósofos. Consolidou-se assim o fato de que, quando a argumentação principal em favor desta tese começou a vacilar com a crise do determinismo na física contemporânea, os filósofos que se reconheciam nela tentaram ridicularizar a perspectiva de influência potencialmente iniciada por estes novos progressos sobre o problema da liberdade humana. Para dizê-lo claramente, na prisão determinista tinham-se sentido como em sua própria casa, e não podiam se entusiasmar com o aparecimento de rachaduras em seus muros”.

⁽¹⁴²⁾ É um axioma da lógica modal a tese de que “se *p*, então é possível que *p*” (axioma de possibilidade), do qual deriva – com base na equivalência de “possível” e o “não necessário que não” e de “necessário” e o “impossível que não” – “se é necessário que *p*, então *p*” (axioma de necessidade). Não é, pelo contrário, válida, a tese determinista “se *p*, então é necessário (ou impossível que não) *p*”. Se denominamos *M* ao operador de possibilidade “é possível que” e denominamos *L* ao operador de necessidade “é necessário que”, e definimos $Lp = \neg M \neg p$ (de onde $Mp = \neg L \neg p$, $L \neg p = Mp$, $M \neg p = \neg Lp$), diremos que é válida a tese $p \rightarrow Mp$ (de onde $\neg Mp \rightarrow \neg p$, ou bem $L \neg p \rightarrow \neg p$, ou bem $Lp \rightarrow p$), enquanto é inválida a tese $p \rightarrow \neg M \neg p$, equivalente a $p \rightarrow Lp$: esta segunda tese, que expressa a hipótese determinista, equivale, de fato, pela lei de contraposição da implicação, à tese claramente absurda $M \neg p \rightarrow \neg p$.

⁽¹⁴³⁾ Utilizo “possibilidade e impossibilidade *alética*” em oposição a “possibilidade e impossibilidade *deôntica* ou *normativa*” (que correspondem uma à permissão e a outra à proibição) para designar a possibilidade e impossibilidade material de um comportamento: a máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, por exemplo, quer dizer que ninguém está deonticamente obrigado ao que é *aleticamente* impossível. Este uso de “*aleticamente* possível (e impossível)” foi introduzido por A. G. Conte, *Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie* (1964-66), *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, II, p. 343-390; idem, *Completezza e chiusura* (1968), *Nuovi studi sul linguaggio normativo*, Giappichelli, Torino, 1985, p. 20-22 e 37. Recentemente o próprio Conte distinguiu dois tipos de impossibilidade *alética*: a impossibilidade “*praxeológica*” (puramente material) e a “*praxeonômica*” (provocada por lacunas ou antinomias normativas). (idem, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. Scarpelli (org.), *La teoria generale del diritto*, cit., p. 33).

⁽¹⁴⁴⁾ Desenvolvi esta tese, com referência à semântica dos preceitos, em *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., p. 522 e ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf., por exemplo, G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 334 e ss.; L. Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Libreria Humus, Napoli, 1948; A. Moro, *L'antiguridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, p. 148.

⁽¹⁴⁶⁾ Basta pensar na grande variedade de limites de idade sob os quais os diversos ordenamentos estabelecem a imputabilidade do menor: 14 anos para a imputabilidade presumida e 18 para a comprovada pelo juiz (mas sem diminuição da pena) no nosso Código atual (arts. 97 e 98); 9 anos para a imputabilidade presumida e 14 para a comprovada pelo juiz (ademais das diferentes atenuações da pena até os 21 anos) no Código Zanardelli de 1889 (arts. 53-56), que segue substancialmente o Código sardo de 1859 (arts. 87-91); 12 anos no Código toscano (art. 36); 10 no gregoriano (art. 27) e no parmesão (art. 62); 9 no napolitano (art. 64). No direito penal inglês, segundo refere Hart (ob. cit., p. 210 e 288), a idade mínima da responsabilidade penal tem sido de 8 anos até a *Children and Young Persons Act* de 1969, que elevou-a a 10 anos para o homicídio e a 14 anos para os demais delitos. (Cf. também a nota 91 do capítulo 7 sobre a idade mínima nos casos de pena de morte.) Pense-se, ademais, na diversa relevância atribuída nos diferentes Códigos quando se trata de um surdo-mudo. E pense-se, sobretudo, no tratamento diferente dado à embriaguez voluntária, que no Código atual não exclui nem diminui a imputabilidade (art. 92), enquanto no Código Zanardelli supunha uma diminuição da imputabilidade e, portanto, da pena semelhantes às previstas para os semi-imputáveis (art. 48, *caput*). De resto, no tema da embriaguez, Aristóteles alude a uma lei de Pitaco segundo a qual “os bêbados, se delinqüem, paguem uma pena maior que a dos sóbrios” (*Politica*, cit., II, 12, 1274b, p. 123).

⁽¹⁴⁷⁾ *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 259.

⁽¹⁴⁸⁾ H. L. A. Hart, ob. cit., p. 61, faz uma analogia entre as condições escusantes em direito penal e as causas de invalidade no direito civil.

⁽¹⁴⁹⁾ Pense-se, entre as circunstâncias atenuantes, nas previstas pelo art. 62, ns. 2, 3 e 5, e, entre as agravantes, as do art. 61, ns. 1, 3, 4 e 8.

⁽¹⁵⁰⁾ H. L. A. Hart, ob. cit., p. 45, 103 e 206.

⁽¹⁵¹⁾ Confronte-se, por exemplo, a noção genérica do concurso de pessoas no delito, previsto pelo art. 110 do nosso Código Penal (“Quando várias pessoas concorrem para o mesmo delito, cada uma delas sofrerá a pena prevista para ele”), com a mais precisa e taxativa que oferece o art. 49 do Código Penal toscano pr -unitário (“  autor do delito: a) quem realizou ou cooperou diretamente para sua execução; e b) aquele que, mediante mandato, ameaças, recompensas ou promessas, abuso de autoridade ou de poder, ou de qualquer outra forma, tem sido causa do delito, instigando dolosamente o agente a tomar a resolução de cometê-lo”).

⁽¹⁵²⁾ Cf. J. R. Searle, *How to derive “ought” from “is”* (1964), trad. it. de R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, cit., p. 166; A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 12-19; idem, *Directives and norms* (1968), trad. it. de M. Jori, *Directive e norme*, Edizione di Comunit , Milano, 1978, p. 109-114; K. Olivecrona, *Law as fact* (1971, 2.  ed.), trad. de E. Pataro, *La struttura dell’ordinamento giuridico*, Etas Compass, Milano, 1972, p. 244-262; G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffr , Milano, 1974 (ed. pr.); idem, *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; N. Bobbio, Norma, *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Milano, 1980, vol. 9, p. 898; A. G. Conte, Paradigmi d’analisi della regola in Wittgenstein, in R. Egidi (org.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli, 1983, p. 37-82, com ampla bibliografia; idem, Regola costitutiva, condizionale, antinomia, in U. Scarpelli (org.), *La teoria generale del diritto*, cit., p. 21-39; idem, Materiali per una tipologia delle regole, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 2, p. 345-368; P. Pollastro, *Fenomenologia delle regole costitutive*, ibidem, 1983, I, p. 233-262; R. Guastini, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in U. Scarpelli (org.), ob. cit., p. 153-176; idem, Teoria delle regole costitutive, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4, 1983, p. 548-564; T. Mazzaresse, Un libro sulle regole, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 2, p. 505-510; G. Azzoni, Condizioni costitutive, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, II, 1986, p. 160-195; idem, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padova, 1988.

⁽¹⁵³⁾ Sobre as no  es de “sentença constitutiva” e “sentença declarativa” ou de “cogni  o” e “verifica  o”, cf., *supra*, a nota 8 do capítulo 1.

⁽¹⁵⁴⁾ A noção de “norma constitutiva” que aqui se propõe parece-me mais próxima à de Carcatera (segundo o qual são “constitutivas” ou “prescritivas” todas as normas que imediatamente incidem no estado das coisas a que se referem, por exemplo, ab-rogando ou adscrevendo ou semelhantes) que à de Searle, Ross ou Conte (segundo os quais as normas “constitutivas” são as que constituem as condições de possibilidade para a atividade sobre que versam).

⁽¹⁵⁵⁾ Êxodo, 22, 18. A constituição de Anastásio é do mesmo tipo: “Ubicumque Manichaei inveniantur, capite damnandi sunt” (CI. 1.5.11) e, mais em geral, as normas também penais contra hereges, judeus e pagãos contidas em CI. 1.5.19 (“Gazaros, Patarenos... et omnes haereticos utriusque sexus, quocumque nomine censeantur, perpetua damnamus infamia, diffidamus atque bannimus”) e em CI. 1.9 e CI. 1.11.

⁽¹⁵⁶⁾ C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., prefácio, invoca estes antecedentes e lembra um decreto medieval que ordenava, quando duas pessoas fossem igualmente suspeitas, torturar o mais feio. Vagas remissões a uma tradição fisionômica grega (Platão e Aristóteles), romana (Sêneca) e renascentista (Leonardo da Vinci, Rubens) encontram-se também em A. Marro, *I caratteri dei delinquenti. Studio antropologico-sociologico*, Bocca, Torino, 1887, p. 6 e ss.; G. Antonini, *I precursori di Lombroso*, Bocca, Torino, 1887; F. Costa, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, cit., p. 290 e ss.; M. A. Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, cit., p. 190 e ss. Não parece, no entanto, que em Roma se levasse muito a sério a tese fisionômica da relação entre traços somáticos e características morais ou espirituais das pessoas. Basta lembrar o sarcasmo de Cícero sobre a estupidez do fisionômico Zofiro, que pretendia deduzir o caráter libertino de Sócrates da conformação de seu pescoço, ou a zombaria de Plínio ante a mera idéia de que as qualidades da alma pudessem ser reconhecíveis pelo aspecto do corpo (*Historia mundi*, liv. VII, par. XVIII). Inclusive na Grécia careciam de credibilidade, como demonstra a sutil análise psicológica e sociológica (em nenhum caso antropológica) da capacidade para delinquir realizada por Aristóteles, *Retorica*, cit., I, 12, 1372a-1373a, p. 59-64. Somente depois do século XVIII se propôs esta hipótese com pretensões de cientificidade, graças ao desenvolvimento e às sugestões da antropologia, da anatomia comparada e da etnologia. Em princípio foi feito por Johann C. Lavater, em cuja investigação (*Physiognomische Fragmente*, Steiner, Leipzig e Winterthur, 1775-1778) as observações fisionômicas entrelaçam-se com o confessado objetivo religioso de procurar no homem a imagem de Deus; depois, Franz Joseph Gall, que desenvolveu sob o nome de “frenologia” uma singular teoria sobre a localização dos sentimentos, instintos e inclinações morais e intelectuais do homem em outras tantas partes do cérebro (*Anatomie et physiologie du système nerveux en général et de cerveau en particulier*, F. Schoell, Paris, 1810-1819, 4 vols.); e, finalmente, Cesare Lombroso, que, interpretando o evolucionismo darwiniano desde uma perspectiva moralista e racista, considerou o homem delinqüente como uma variedade antropológica de tipo regressivo assimilável aos selvagens.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf., *supra*, o item 34.4 e as notas 90-92.

⁽¹⁵⁸⁾ “Aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi, quam liberi” (Saturninus, *Liber sing. de poenis paganorum*, D. 48.19.16.3); “Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integrae famae homines punierunt” (Calistrato, *6 de cognitionibus*, D. 48.19.28.16); “Sed enim sciendum est discrimina esse poenarum neque omnes eadem poena adfici posse. Nam in primis decuriores in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli, nec furcae subici, vel vivi exuri. Et si forte huiusmodi sententia fuerint affecti, liberandi erunt... Parentes quoque et liberi decurionum, in eadem causa sunt” (Ulpiano, *10 de officio proconsulis*, D. 48.19.9.11-13); “humiliores in metallum, honestiores in insulam relegantur” (Paulo, *5 sententiarum*, D. 48.19.38.5). A desigualdade penal foi expressamente teorizada por Aristóteles, *Grande etica*, cit., I, 33, 1194a, p. 37: “Também pode-se dizer que a justiça é talão; mas não no sentido em que entendiam os pitagóricos. Segundo estes, o justo consistia em que o ofensor sofresse o mesmo dano que tinha ocasionado ao ofendido. Isso não é possível em relação a todos os homens sem exceção. A relação do justo não é a mesma para o escravo e para o homem livre. O escravo que bate no homem livre não deve receber, em reta justiça, tantos golpes quantos ele deu; deve receber mais”. Sobre a igualdade penal entre os homens livres na Roma republicana e sobre as desigualdades e privilégios que se desenvolviam na época do Império (para os senadores, cavalheiros, veteranos; soldados), cf. Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., vol. III, p. 389 e ss. Sobre a desigualdade das penas durante toda a Idade Média, conforme o réu e vítima fossem de alta ou baixa condição, cf. A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., p. 407 e ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico*, cit., p. 471 e ss. Contra disci-

minações e privilégios penais polemizou arduamente C. Beccaria, ob. cit., XXI, p. 63-64, mas mais tarde também ele foi prisioneiro do preconceito da desigualdade (*supra*, parágrafo 29.2).

⁽¹⁵⁹⁾ Recordem-se as duras palavras de Tocqueville contra qualquer “imunidade” ou “tutela administrativa” dos titulares de funções públicas: “Nós temos encontrado somente a fórmula, a substância vem do Antigo Regime”; com a agravante de que “antes da Revolução o governo não podia proteger seus agentes senão por meio de decisões parciais e arbitrárias; depois, já se encontrou em situação de lhes permitir legalmente violar a lei” (L’Ancien Régime et la révolution (1856), trad. it. La rivoluzione democratica in Francia, in *Scritti politici*, org. N. Matteucci, Utet, Torino, 1969, I, p. 657-659; idem, *De la démocratie en Amérique* (1835), trad. it. *La democrazia in America*, ibidem, II, p. 128-130). No parágrafo 39.4 serão estudadas as imunidades na atualidade.

⁽¹⁶⁰⁾ Notes sur le Code Criminel publié à Florence le 30 novembre 1786 et traduit à Paris de l’italien par monsieur Artaire, art. XXIII, *Inediti di Condorcet*, cit., p. 427.

⁽¹⁶¹⁾ Vejam-se as terríveis passagens do *Levítico*, 26, 14-18, 21-28. Sobre a reincidência no direito romano, vejam-se as fontes citadas em C. Ferrini, *Esposizione storica*, cit., p. 131-133. Para uma reconstrução histórica e uma análise comparada da reincidência, cf. V. Manzini, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Cammelli, Firenze, 1899; F. Puglia, *Della recidiva*, in E. Pessina (org.), *Enciclopedia*, cit., vol. V, p. 685-728; E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 263 e ss. e 666 e ss.; E. Florian, ob. cit., p. 360-405.

⁽¹⁶²⁾ F. M. Pagano, *Principi del Codice Penale*, cit., XIV, p. 43.

⁽¹⁶³⁾ Morelly, *Codice della natura*, cit., p. 162. A exclusão de qualquer consequência infamante ou negativa do “delito antecedente” para o réu que tenha cumprido a pena foi proibida também pelo art. 57, parágrafo 2.º, da Lei toscana de Pedro Leopoldo, de 1786.

⁽¹⁶⁴⁾ Entre os numerosíssimos estudos sobre a reincidência aparecidos entre a segunda metade do século passado e o início deste, cabe recordar: F. Carrara, *Stato sulla dottrina della recidiva*, *Opusculi*, cit., II, p. 93 e ss.; E. Ferri, *Il progetto di legge sui delinquenti recidivi*, *Scuola positiva*, IX, p. 142; V. Manzini, *La recidiva*, cit.; G. Matteotti, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Bocca, Torino, 1910; R. Garofalo, *La repressione della recidiva e della delinquenza abituale*, *Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*, 1904; F. Puglia, ob. cit.; F. Giordani, *Recidiva*, *Digesto italiano*, cit., XX, parte I, 1911, p. 362-440, com amplas referências estatísticas e bibliográficas.

⁽¹⁶⁵⁾ Por força do art. 436, serão considerados vagabundos: “1.º) Os que não têm domicílio conhecido nem meios de subsistência e não exercem habitualmente um cargo ou profissão; 2.º) Os que vagam de um lugar a outro simulando o exercício de uma profissão ou cargo, mas que é insuficiente para conferir-lhes meios de subsistência; 3.º) Os que se dedicam a adivinhar, prognosticar ou interpretar sonhos, lucrando-se da credulidade alheia”. Entender-se-á, pelo contrário, que são “ociosos”, segundo o art. 435, os que, sendo sãos e robustos mas carentes de meios suficientes de subsistência, vivam sem exercer profissão, arte ou ofício ou sem se entregar a um trabalho estável. O art. 437 estabelecia que à pena de três meses de cadeia haveria de se acrescentar a de “vigilância especial pela Segurança Pública”. E em caso de “segunda ou ulterior reincidência”, dispunha o art. 438, “a pena de prisão para os maiores de idade poderá agravar-se até a duração de cinco anos”. Também os menores de dezesseis anos podiam ser declarados ociosos e vagabundos, e, segundo estabelecia o art. 441, “na primeira ocasião serão confiados a seus pais ou tutores”, e, se forem surpreendidos outra vez, serão “internados num estabelecimento público de trabalho”, enquanto “os pais tutores poderão ser condenados a uma multa de até 150 liras ou de um a três meses de prisão”.

⁽¹⁶⁶⁾ As “pessoas suspeitas”, por força do art. 447, eram: “además dos ociosos, vagabundos e mendigos hábeis para o trabalho... 1.º) Os que foram condenados por crimes ou delitos, e singularmente os condenados por assaltos, extorsões, furtos ou fraudes; 2.º) Os que se encontram submetidos à vigilância especial da Segurança Pública”: em outras palavras, as vítimas da opinião pública ou, incorrendo numa surpreendente petição de princípio, os vigiados pela polícia. Os arts. 448 e 449 – reproduzidos com poucas variações pelos arts. 707 e 708 do Código Penal atual – consideravam delituosa a posse injustificada, por parte de qualquer daqueles, de “limas, gazuas” e semelhantes, e, inclusive, “de gêneros, efeitos ou quantias de dinheiro impróprias do seu status ou condição”. Desta forma, um indigente, carente de meios de subsistência, era preso como ocioso ou vagabundo, mas, se o encontrassem com dinheiro ou gêneros alimentícios não adequados a seu status, era condenado a prisão, de três meses a dois anos, como suspeito de furto. Sobre esse tema veja-se *infra* o parágrafo 49.

⁽¹⁶⁷⁾ *Summa theologiae*, cit., IIa, IIa, quaestio LXIV, art. 2. “Modicum enim fermentum”, acrescenta Santo Tomás, “totam massam corrumpit”. Vejam-se também as passagens reproduzidas nas notas 123 do capítulo 5, e 95 do capítulo 7.

⁽¹⁶⁸⁾ No direito romano – como lembra G. Guarnieri, *Pericolosità sociale, Novissimo digesto italiano*, cit., XII, 1965, p. 952 – estava prevista a *coercitio vinculis* para os parentes da pessoa absolvida por doença mental.

⁽¹⁶⁹⁾ A periculosidade foi considerada pela primeira vez como justificação e medida exclusiva da pena, no lugar do delito, reduzido a sintoma de “temor”, por R. Garofalo, *Di un criterio positivo della penalità*, Vallardi, Napoli, 1880, e *Criminologia*, cit., p. 247 e ss. Rapidamente transformou-se na categoria penal fundamental do positivismo penal e, em geral, das doutrinas da defesa social de Lombroso, Ferri, Florian e Grispigni a Prins e Von Liszt. Podem-se encontrar antecedentes em J. Bentham, *Principes du Code Penal*, parte IV, cap. VII, in *Tratados*, cit., p. 356 e ss. Para uma reconstrução histórica do conceito de “periculosidade social” segundo a Escola Positiva e as doutrinas teleológicas de defesa social (em particular por meio dos congressos da União Internacional de Direito Penal, entre 1892 e 1920), assim como sobre sua recepção nos diferentes ordenamentos, cf. L. Jiménez de Asúa, *La pericolosità*, trad. it. com prefácio de E. Ferri, Bocca, Torino, 1923, caps. III e IV.

O JUÍZO. QUANDO E COMO JULGAR

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 37. GARANTISMO PROCESSUAL E VALORES DA JURISDIÇÃO: 1. Garantias processuais e garantias penais. Legalidade e submissão à jurisdição; 2. Submissão à jurisdição lata e submissão à jurisdição estrita. As garantias orgânicas e as garantias procedimentais; 3. Valor de verdade, validade jurídica e legitimidade política nos pronunciamentos judiciais; 4. Verdade e liberdade como valores da jurisdição e fundamentos axiológicos da divisão dos poderes; 5. A margem irredutível de ilegitimidade política da função judiciária – 38. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E GARANTIA DE LIBERDADE DO IMPUTADO: 1. Princípio de submissão à jurisdição e presunção de inocência; 2. Fatos históricos e aporias teóricas da prisão preventiva; 3. A ilegitimidade do encarceramento preventivo e a liberdade do imputado; 4. Um processo sem prisão preventiva – 39. QUANDO JULGAR. O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO: 1. A não derrogação do juízo. A ilusão panjudicialista e a inflação do processo penal; 2. Processo acusatório e processo inquisitório. Modelos teóricos e tradições históricas; 3. A separação entre juiz e acusação. Publicidade e obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público; 4. Proceder de ofício e condições de proceder – 40. QUAL JUÍZ? AS GARANTIAS ORGÂNICAS: 1. Modelos de juiz e modelos de processo. Juízes cidadãos e juízes magistrados; 2. Os caracteres que distinguem a jurisdição e a imparcialidade do juiz. Sujeição à lei e contrapoder; 3. A equidistância do juiz e a forma trigonal da relação processual. A possibilidade de recusa dos juízes. O defensor público; 4. A independência externa e interna. A separação dos poderes e o nascimento da figura do juiz moderno; 5. O juiz natural e a proibição de juízes extraordinários. Pré-constituição e impossibilidade de derrogação das competências; 6. Modelos de responsabilidade judiciária e modelos de juiz: juízes eleitos, profissionais, concursados. A responsabilidade política; 7. A responsabilidade jurídica dos juízes: penal, civil e disciplinar; 8. A responsabilidade social dos juízes e o controle popular sobre a justiça – 41. COMO JULGAR? AS GARANTIAS PROCEDIMENTAIS: 1. O processo como garantia de verdade e de liberdade. Cognição ou inquisição; 2. A contestação da acusação e o interrogatório do imputado; 3. O ônus acusatório da prova. Fontes e meios de prova; 4. O direito de defesa e o contraditório; 5. A publicidade e a oralidade. A publicidade parcial e a oralidade parcial do processo de duas fases; 6. O rito e o método legal de formação das provas; 7. A motivação. Verdade e validade no processo.

37. GARANTISMO PROCESSUAL E VALORES DA JURISDIÇÃO

1. Garantias processuais e garantias penais. Legalidade e submissão à jurisdição

O conjunto das *garantias penais* examinadas no capítulo precedente seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário

rio das *garantias processuais*, expressas por princípios que respondem as nossas duas últimas perguntas, “quando” e “como julgar”: a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa.

Entre os dois conjuntos de garantias existem nexos tanto estruturais como funcionais. As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “*instrumentais*” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “*substanciais*”. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivessem em ausência das garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.

Graças a esse dúplice nexo, cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. E, inversamente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja sob o da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo de direito penal substancial. Esquemas e culturas penais e processuais penais, como tenho dito muitas vezes, são sempre conexos entre si. E a conexão é histórica muito mais do que teórica, dado que os acontecimentos do direito penal substancial e da doutrina do delito sempre tiveram por modelo as experiências das instituições judiciárias, e vice-versa.¹

A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da *submissão à jurisdição*, expressa pelo nosso axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – “em sentido *estrito*” ou “em sentido *lato*” – conforme seja mais ou menos acompanhada pelas outras garantias processuais. Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 “*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*”; em sentido estrito, pela tese T63 “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais.

A correlação biunívoca entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexo específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que a administração ou outras formas de jurisdição, como “aplicação” ou “afirmação” da lei. No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade

e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição.

2. Submissão à jurisdição lata e submissão à jurisdição estrita. As garantias orgânicas e as garantias procedimentais

A primeira enunciação legal do princípio de submissão à jurisdição se encontra no parágrafo 39 da *Magna Charta* inglesa de 1215: “Nullus liber homo capiatur vel imprensatur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. Nessa clássica formulação, o princípio já exprime mais ou menos explicitamente três fundamentais garantias: a) o *habeas corpus*, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a *reserva de jurisdição* em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao “juízo legal” de um sujeito imparcial e independente; c) a *presunção de inocência*, por força da qual sem um “juízo legal” e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado.

Essas três teses – “nulla poena”, “nullum crimen”, “nulla culpa sine iudicio” – exprimem no seu conjunto aquilo que chamei “princípio de submissão à jurisdição em sentido lato”. Não exprimem, no entanto, os procedimentos e as garantias de que depende o caráter cognitivo ou declarativo do juízo, e que são expressas pelo “princípio de submissão à jurisdição em sentido estrito”, formado, como disse, pelo conjunto das três teses “nullum iudicium sine accusatione”, “sine probatione” e “sine defensione”. Enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, ainda que nela não esteja pressuposta. A dicotomia “submissão à jurisdição estrita”/“submissão à jurisdição lata” não coincide portanto com aquela “acusatório”/“inquisitório” de que falarei no parágrafo 39, mas antes corresponde àquela talvez mais importante entre cognitivismo e decisionismo: “submissão à jurisdição estrita” tem na verdade um significado mais restrito que “processo acusatório”, enquanto “submissão à jurisdição lata” tem um significado mais extenso que “processo inquisitório”.

Chamarei *orgânicas* as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo, tais como: a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal e outras. Chamarei, ao contrário, *procedimentais* as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão judicante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade

dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros. As garantias do primeiro tipo, ao definir o juiz, são geralmente (salvo a da separação de funções) exigidas para todo tipo de juízo, inclusive não penal, e valem, portanto, para integrar a submissão à jurisdição em sentido lato; as do segundo tipo, ao definir especificamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito. Além disso, algumas dessas garantias, como a orgânica de separação entre juiz e acusação e as procedimentais da publicidade, da oralidade e do contraditório na formação das provas, são especificamente próprias do método acusatório; outras como a da independência, da imparcialidade, da necessidade da prova e similares são comuns a todos os tipos de processo, ainda que sua observância seja preferida pelo método acusatório e preterida pelo inquisitório.

O nexo posto em relevo *supra* entre sistemas de garantias penais e sistemas de garantias processuais se manifesta de resto na perfeita correspondência da alternativa entre *garantismo* e *substancialismo* – ilustrada nos capítulos precedentes a propósito da concepção da ofensa, da conduta, da culpabilidade e da estrutura das leis penais – com a alternativa entre os dois modelos de processo penal ora indicados: o modelo processual garantista ou de estrita submissão à jurisdição, que bem pode ser chamado cognitivo, e o substancialista ou de mera submissão à jurisdição, que pode se chamar decisionista.

O primeiro desses modelos é de fato aquele orientado à busca de uma verdade processual empiricamente controlável e controlada, ainda que necessariamente reduzida e relativa no sentido elucidado no parágrafo 4. O segundo é orientado à busca de uma verdade substancial e abrangente, fundada essencialmente em valorações. É claro que à base dos dois sistemas, como mostrei na primeira parte deste livro, existem critérios alternativos de predeterminação daquilo que é delito e/ou de quem é réu. Um critério substancialista de definição do delito – como nos casos limites da justiça, expressos por fórmulas do tipo “é réu quem é inimigo do povo”, ou “é delito qualquer ato hostil ao Estado” – não pode senão fundar modelos decisionistas de processo penal, voltados à busca da “verdade” ética ou política que vão além da prova. Por outro lado, um critério convencionalista informado pelo princípio de taxatividade, ao exigir a formulação unívoca e rigorosa dos fatos empíricos qualificados como delitos, é o pressuposto necessário de um modelo cognitivo de processo penal entendido como verificação ou falsificação empírica das hipóteses acusatórias.

Do mesmo modo, é claro que os dois tipos de processo penal correspondem um ao modelo de *direito penal mínimo*, e o outro ao de *direito penal máximo* e, ainda, aos dois tipos de certeza subjetiva e de verdade relativa distinguidos no parágrafo 8.2. De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente o inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma *verdade máxima*, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indetermi-

nação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, como dissemos no parágrafo 2.4, mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz.

A consequência destas diversas técnicas processuais é que no processo de tipo decisionista o princípio de legitimação é constituído imediatamente por juízos de valor. Em um duplo sentido: de um lado, no sentido de valor ou da credibilidade do órgão judicante e, portanto, da fonte de legitimação política do seu poder (soberano, Deus, povo, *experts* e outros); de outro, no sentido dos valores e das avaliações por ele adotados como fundamento de sua decisão (sabedoria, espírito ético, bem comum, interesse nacional e outros). É supérfluo repetir que o caráter valorativo do juízo depende sobretudo da falha da estrita legalidade no direito substancial, em virtude da qual a atividade instrutória não pode ser cognitiva, mas apenas valorativa em relação ao fato, por não ser recognitiva, mas de valor em relação ao direito. Por isso o esquema decisionista costuma ser solidário com o método inquisitório (ainda que não necessariamente esteja excluído dos sistemas acusatórios): com base nele, de fato, é natural que o órgão judicante seja órgão ativo na busca da verdade substancial, informada por critérios essencialmente discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, interessando a decisão justa mais que sua controlabilidade; o papel da defesa resulta irrelevante ou, pior, é visto como um obstáculo ao bom andamento do juízo; o objeto privilegiado do processo não é o fato-crime, mas a personalidade criminoso do réu.

Por outro lado, o modelo cognitivo de processo penal, recebido apenas de modo sumário pela nossa constituição, confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na *verdade*, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos. É evidente que o método acusatório, baseado no contraditório entre provas *per modus ponens* e refutações *per modis tollens*, é uma condição necessária (ainda que insuficiente) do modelo cognitivo. Segundo esse modelo, como se viu no primeiro e no terceiro capítulos, os atos jurisdicionais – incriminações, mandados, perícias, pareceres, buscas, requisições, sustentações, despachos e sobretudo sentenças – constituem-se na verdade de proposições assertivas, suscetíveis de verificações e refutações, e de proposições prescritivas, por aquelas “justificadas”, “legitimadas” ou “motivadas”. E isso exige procedimentos de controle para prova e contestação tais, que só podem ser garantidos por um processo de partes fundado no conflito institucional entre acusação e defesa.

3. Valor de verdade, validade jurídica e legitimidade política nos pronunciamentos judiciais

É esse fundamento sobre a verdade – no sentido “mínimo” e “relativo” acima precisado – a fonte de legitimidade específica da jurisdição penal em um Estado de direito.

Diversamente de qualquer outra atividade jurídica, a atividade jurisdicional de um Estado de direito é, além de prática ou prescritiva, uma atividade teórica; ou melhor, é uma atividade que tem como justificação necessária uma *motivação* no todo ou em parte cognitiva. As leis, os regulamentos, os provimentos administrativos e os negócios privados são atos exclusivamente prescritivos, nem verdadeiros nem falsos e tampouco cognitivamente fundados ou infundados. As sentenças, ao contrário, exigem uma motivação que deve ser fundada de fato e de direito. As sentenças penais, então, por força das garantias da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, exigem uma motivação que deve ser, ademais, fundada sobre argumentos ~~cognitivos de fato~~ e re-cognitivos de direito. Precisamente, elas incluem: a) uma motivação formada prevalentemente por proposições assertivas e b) um dispositivo que é assertivo no que se refere à motivação e prescritivo no restante. Por exemplo: “o Tribunal declara que Tício é culpado pelo crime que lhe foi atribuído” (asserção) e portanto “condena-o a tal pena (preceito); ou “absolve Caio do delito que lhe foi atribuído” (preceito) porque “não cometeu o fato”, ou porque “o fato não existiu” ou “não constitui crime” ou ainda “são insuficientes as provas” (asserções).

No nosso ordenamento, como na maior parte dos ordenamentos evoluídos, a existência da motivação “de fato” e “de direito” como condição necessária da validade dos provimentos jurisdicionais é prescrita por normas jurídicas específicas.² Como consequência desta prescrição, segue que a *legitimação interna*, ou *jurídica*, ou *formal* dos provimentos jurisdicionais é condicionada normativamente pela existência e pelo valor de suas motivações, isto é, pelas asserções (Tício é culpado, Caio é inocente, tal fato foi ou não foi cometido etc.), que não se valem de nenhum outro tipo de ato jurídico: nem de leis, nem de negócios privados, nem de provimentos administrativos. E porque o valor das asserções é a verdade decorre que as sentenças são os únicos atos normativos cuja *validade* se funda na *verdade*.

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de “correspondência aproximativa”. Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação. Com efeito, a *falsidade fática* de tais discursos é motivo de impugnação e reforma em sede de *juízo de mérito*; sua *falsidade legal* é motivo de impugnação e reforma também em sede de *juízo de legitimidade*. Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não são ditadas por motivos puramente processuais, correspondem, diversamente dos juízos de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um *ato de verificação* e a um *ato de refutação*. Geralmente, num sistema penal de tipo cognitivo, todos os atos nos quais se exprime o contraditório – contestações, declarações de inocência, depoimentos, confissões, intimações, testemunhos, reconhecimentos, acareações, requisições, sustentações orais, impugnações, exceções e assim por diante – equivalem a momentos de um conflito entre verdades judiciais contrapostas, isto é, entre asserções que enunciam ou sustentam hipóteses acusatórias e asserções que as *contradizem*, contestando assim não apenas sua veracidade como também a validade dos preceitos que as fundamentam.

Verificabilidade e verificação das motivações, como mostrei na primeira parte, são por outro lado as condições constitutivas da estrita legalidade e da estrita submissão à ju-

risdição das decisões judiciais. E como tais valem para garantir aquele específico direito fundamental que interessa ao direito penal e que é a imunidade do cidadão inocente a punições arbitrárias. Disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de *legitimação externa, ético-política*, ou *substantial* do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, dissemos inicialmente a propósito da jurisdição, invertendo o princípio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, que vale, no entanto, para a legislação. Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa.

4. Verdade e liberdade como valores da jurisdição e fundamentos axiológicos da divisão dos poderes

Esse nexo entre verdade e validade dos atos jurisdicionais representa o primeiro fundamento teórico da divisão dos poderes e da independência do Poder Judiciário no moderno Estado representativo de direito. Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade. E qualquer condicionamento de poder externo, ainda que ético ou politicamente confiável, não só não contribui para o alcance da verdade como, ao contrário, desvia-se de tal fim. O princípio de autoridade, mesmo se a autoridade for “democrática” e exprimir a maioria ou até mesmo a unanimidade dos cidadãos, não pode jamais ser um critério de verdade.

Mas há uma segunda razão – não menos importante e mais diretamente ligada à teoria política do Estado de direito – que está na base da divisão dos poderes e da natureza estritamente legal da legitimação da jurisdição. Ela consiste no fato de que o exercício do Poder Judiciário, seja nas suas funções judicante ou de postulação,^{NT1} incide sobre as liberdades do cidadão enquanto *indivíduo*. E para o indivíduo singular o fato de que tal poder seja exercitado pela maioria não representa por si só nenhuma garantia: “quando sinto a mão do poder que me aperta o pescoço”, escreveu Tocqueville, “pouco me importa saber quem me oprime; e não estou muito disposto a baixar a cabeça em submissão só pelo fato de que tal poder me oprime por milhões de braços”.³ Ademais, para (a liberdade e a verdade de) quem é submetido à justiça penal e habitualmente considerado “desviado” no que respeita ao modelos de comportamento dominantes, uma legitimação majoritária do Poder Judiciário pode mesmo representar um perigo, correndo sempre o risco de imprimir ao juízo, sobretudo se privado de bases rigorosamente cognitivas, com uma conotação partidária que contrasta com a imparcialidade exigida na atividade jurisdicional.

O fundamento da divisão dos poderes e da independência da função judiciária em relação a poderes legitimados majoritariamente repousa, em suma, não só na intrínseca ilegitimidade de funções jurisdicionais informadas pelo princípio da autoridade, seja qual for a autoridade que a exerce, como também no princípio da verdade. Ele repousa, igualmente, na necessidade de assegurar adequadamente quem se supõe desviado pela opressão da maioria não desviada, de modo que um juiz possa absolvê-lo também contra a vontade de todos. Por razões diversas mas convergentes, a verdade do juízo e a liberdade do inocente, que formam as duas fontes de legitimidade da jurisdição penal, exigem órgãos alheios e independentes de qualquer interesse ou poder: a *verdade*, para o caráter necessariamente livre e desinteressado da busca do verdadeiro; as *liberdades*, porque elas – da liberdade pessoal à liberdade de pensamento, dos direitos de defesa à liberdade política – equivalem aos mesmos direitos dos indivíduos contra o poder e os interesses da maioria. Por isso a imposição de penas não pode jamais ser matéria de administração ou de governo; nem pode ser informada pelos critérios de discricionariedade ou de oportunidade que orientam as atividades administrativa e política. À diferença destas atividades, a função jurisdicional não intervém em casos gerais em função de interesses gerais, mas em casos particulares e precisamente individuais. O interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas. Se à maioria – por meio da mediação governamental, parlamentar, e até mesmo por meio de formas de democracia judiciária direta – fosse confiado também o Poder Judiciário, judicante e/ou inquiridor, as liberdades dos discordantes e seus legítimos espaços de desviação seriam postos em grave perigo. E o perigo seria tanto maior quanto mais amplos fossem os espaços potestativos do sistema penal e conseqüentemente a carência de legitimação legal que a legitimação “democrática” deveria remediar.

Tudo isso significa que no direito penal, uma vez que a principal garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e portanto a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte de legitimação formal proveniente da máxima submissão do juiz à lei, tal como resulta assegurada pela estrita legalidade e portanto pela estrita submissão à jurisdição penal. Como será dito no parágrafo 60.5, nas jurisdições civil e administrativa, nas quais a tutela dos direitos fundamentais não está do mesmo modo intimamente ligada à verdade processual, o nexo entre submissão à lei e legitimidade substancial é bem menos estreito e as duas fontes de legitimação podem também conflitar entre si. Na jurisdição penal, ao contrário, a verdade garantida pela estrita legalidade é diretamente um valor de liberdade. Antes de tudo porque os direitos de liberdade são protegidos contra o abuso precisamente devido ao caráter cognitivo e não potestativo do juízo, enquanto por outro lado são expostos ao arbítrio quando o juízo tiver caráter decisionista. Em segundo lugar porque só o juízo de verdade não ofende, graças à sua propensão à objetividade e contestabilidade, a dignidade do sujeito julgado. Ninguém tem o direito de julgar se por “julgar” se entende uma atividade autoritária e não puramente cognitiva: essa não é só uma máxima da ética cristã,⁴ mas a regra laica do moderno Estado de direito.

Com base nesse duplo nexo entre razão e liberdade, podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isto supõe,

obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção dos delitos, mas também, segundo as teses desenvolvidas no capítulo 6, como técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito. Coerentemente com tais finalidades, o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das *liberdades* do cidadão, mediante a garantia da *verdade* – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro. É precisamente essa dupla função garantista que confere valor político e intelectual à profissão do juiz, exigindo-lhe tolerância às razões controversas, atenção e controle sobre todas as hipóteses e contra-hipóteses em conflito, imparcialidade diante do conflito, prudência, equilíbrio, ponderação e a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual. Para sua realização, enquanto o consenso é desnecessário, podendo até mesmo ser danoso, é possível, e não preocupante, a divergência da maioria. Há um só sujeito do qual sói preocupar-se que os juízes obtenham, senão o consenso, ao menos a confiança, graças a garantias idôneas de exceção: e esse sujeito é o imputado, habitualmente expressão não da maioria, mas de uma minoria mais ou menos marginalizada e sempre em conflito com o interesse punitivo do Estado e das suas expressões políticas.

5. A margem irredutível de ilegitimidade política da função judiciária

A consequência mais importante desse modelo de legitimação é que a legitimidade da função judiciária, residindo nos vínculos a ela impostos pela lei em garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos, é sempre parcial e imperfeita. De fato, sabemos que ela, mesmo no melhor dos sistemas, é não somente cognitiva mas, também, em alguma medida, potestativa por causa da discricionariedade que sempre intervém na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato e na determinação da extensão de pena. O juiz, em suma, como se mostrou nos primeiros três capítulos, não é *bouche de la loi* nem mesmo no seu modelo teórico e ideal; e muito menos o é na sua atuação prática, conferindo-lhe a lei espaços mais ou menos amplos de poder de disposição. Menos ainda o são, por outro lado, os titulares da acusação pública, sendo a iniciativa penal o momento mais potestativo de toda a atividade processual: aquele em que, para recuperar a imagem da jurisdição tratada no primeiro capítulo, menor é o saber e maior é o poder, no mínimo porque por força da presunção de inocência o saber supõe-se ainda infundado.

Na medida em que é potestativa – e mais ainda se for exercício do poder de disposição – a atividade jurisdicional, como se disse no parágrafo 12, é carente de legitimação, seja formal ou substancial. A carência de legitimação legal que é proveniente dos espaços de discricionariedade potestativa no juízo não é na verdade suprimível mediante outras fontes de legitimação. Em particular, já se disse, não o é mediante uma legitimação de tipo “democrático” ou de maioria, como ocorreria com um controle governamental ou parlamentar sobre as funções judiciárias e sobre as de postulação, ou com o caráter eletivo de juízes e/ou acusadores, ou até mesmo com formas de jurisdição democrática direta ou representativa. E isso pela razão já exposta de que a legitimação majoritária não torna verdadeiras as proposições jurisdicionais falsas nem suscetíveis de verificação ou falseamento aquelas não verificáveis nem falseáveis. Disso deriva que a carência de legitimação legal e racional – em uma palavra, “garantista” – do Poder Judiciário, na medida em que é *inevitável*, é também *irremediável*, não sendo pertinentes e sim contrastantes com a natureza mesma da jurisdição quaisquer outras formas de legi-

timação. E a atividade jurisdicional, porquanto não garantista no sentido até agora ilustrado, resulta politicamente ilegítima e se configura como um resíduo de absolutismo.⁵ Com respeito à carência desse tipo de legitimação, podem ser concebidos apenas alguns corretivos, mas nenhum complemento: a referência aos valores constitucionais, do princípio de liberdade ao princípio da proteção dos sujeitos mais fracos; o princípio do *favor rei* e seu corolário *in dubio pro reo*; a exposição de todas as atividades jurisdicionais ao controle público mediante a máxima publicidade e o constante exercício, em sede científica e política, da crítica das desviações judiciais.

Além da carência de legitimação inevitável e irremediável, como se disse no terceiro capítulo, existem ainda, tanto em termos legais como em termos judiciais, notórias carências de legitimação evitáveis e remediáveis. Destas carências, agravadas na Itália em situações de emergência e não sanadas senão em pequena parcela pelo novo Código de Processo Penal, falarei na quarta parte. São exatamente essas carências, criadas por escolhas políticas de tipo legislativo e judicial, que produziram em nosso país uma crise profunda de legitimidade da jurisdição. Basta aqui recordar a acentuação do caráter preventivo e administrativo da intervenção penal mediante a ampliação das medidas de polícia e da prisão preventiva; a crescente discricionariedade da ação penal em virtude do caráter vago e indeterminado dos tipos legais e, por último, as formas de transação e de juízo abreviado introduzidas pelo novo código de processo; a desvalorização dos direitos da defesa nas fases preliminares ao juízo; o incremento do decisionismo judicial devido a técnicas legislativas caracterizadas por uma linguagem polissêmica e propositadamente vaga ou genérica; o desenvolvimento de procedimentos destacadamente inquisitórios, baseados no uso e no abuso de figuras delitivas elásticas e indeterminadas como os delitos associativos (de associação), como também de prêmios ou agravamentos de pena de acordo com o grau de colaboração prestado pelo imputado à acusação.

Essa crise dos princípios de estrita legalidade e de estrita submissão à jurisdição é hoje o tema mais grave e urgente da reflexão jurídico-teórica e jurídico-filosófica sobre o direito penal. Como foi dito no final da primeira parte, ela inaugura uma nova tarefa à filosofia analítica da linguagem penal. Se é verdade que as garantias oferecidas pelo modelo cognitivista aqui delineado dependem em grande medida da semântica das linguagens legal e jurisdicional, a análise e a crítica de tais linguagens podem representar um precioso instrumento de crítica das hodiernas involuções autoritárias, além de servir à elaboração de técnicas legislativas e judiciais mais rigorosas. E se é verdade que o sistema penal é essencialmente um sistema de definição e averiguação dos desvios puníveis, a epistemologia adotada passa a ter uma direta relevância teórico-jurídica: seja entendida em sentido *descritivo*, como instrumento de análise e de controle das técnicas de investigação concretamente admitidas e praticadas pelos ordenamentos penais positivos; seja, pelo contrário, entendida em sentido *prescritivo*, isto é, como modelo deontológico ou normativo de um sistema penal cognitivo, tendenciosamente “com verdades” e “sem valores”. Nos parágrafos 39, 40 e 41, tentarei portanto responder às perguntas “quando julgar?”, “qual juiz?” e “como julgar?” reconstruindo dentro da tradição teórica garantista os fundamentos epistemológicos e axiológicos da jurisdição e indicando as linhas de um projeto de depuração do sistema penal e processual dos espaços de arbítrio potestativo nele historicamente sedimentados. Antes, todavia, é necessário enfrentar o problema, a todos os outros prejudicial, da presunção de inocência do imputado ainda não julgado e das suas garantias de imunidade contra intervenções punitivas *ante* ou *extra iudicium*.

38. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E GARANTIA DE LIBERDADE DO IMPUTADO

1. Princípio de submissão à jurisdição e presunção de inocência

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a *presunção de inocência* do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. Trata-se, como afirmou Luigi Lucchini, de “um corolário lógico do fim racional consignado ao processo” e também a “primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: *presunção juris*, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária”.⁶ A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo.

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes,⁷ ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos”.⁸ É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexo entre *liberdade e segurança* dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”;⁹ de modo que, “quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade”.¹⁰ Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.¹¹

Apesar de remontar ao direito romano,¹² o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média.¹³ Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpaabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.¹⁴ Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia”.¹⁵ E se Pufendorf incluiu na definição

mesma de “poena” o fato de ser irrogada “post cognitionem delicti”,¹⁶ Beccaria afirmou que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída”.¹⁷ Tanto o princípio de submissão à jurisdição como a presunção de inocência do imputado foram adotados no art. 8 da Constituição da Virgínia e nos arts. 7 e 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.¹⁸

Elevado por Francesco Carrara a “postulado” fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo,¹⁹ o princípio da presunção de inocência foi objeto de um ataque concêntrico do final do século XIX em diante, em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista relembrada com frequência. O alvo, obviamente, nunca foi o princípio de submissão à jurisdição, no sentido lato de necessidade do juízo como condição da condenação, mas as suas implicações mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e de formação da prova.

O primeiro ataque foi propiciado pela Escola Positiva Italiana: Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, em coerência com suas opções substancialistas, consideraram “vazia”, “absurda” e “ilógica” a fórmula da presunção de inocência, o primeiro exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade.²⁰ Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês” e a julgou “grosseiramente paradoxal e irracional” baseada em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados,²¹ a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade,²² a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados.²³ Reforçado por esses avais, o Código Rocco de 1930 repeliu “por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado”, liquidando-a como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos”.²⁴

O princípio foi restabelecido pelo art. 27, par. 2.º, da Constituição republicana, ainda que na forma de “presunção de não culpabilidade”.²⁵ Todavia, sua desqualificação operada por mais de meio século pela doutrina processualista e o longo atraso na reforma do processo deixaram sua marca. O princípio de submissão à jurisdição resultou banalizado; e a presunção de inocência, ainda que reabilitada pela doutrina,²⁶ restou esvaziada ou no mínimo enfraquecida em ambos os significados garantistas a ela associáveis: seja no sentido de “regra de tratamento do imputado”, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; ou no sentido de “regra de juízo”, que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida.²⁷

2. Fatos históricos e aporias teóricas da prisão preventiva

Examinarei no parágrafo 41.3, dedicado às garantias processuais, as implicações da presunção de inocência como regra de juízo. Aqui é necessário reafirmar sua importância como regra de tratamento do imputado: precisamente, pretendo sustentar a ilegitimidade

e a inadmissibilidade que esse instituto já central na experiência processual contemporânea impõe à prisão preventiva do imputado antes da condenação.

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva,²⁸ na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*.²⁹ E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório.

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mas um “ato de hostilidade” contra o cidadão, de modo que “qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza”.³⁰ Para Beccaria, “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”: precisamente, a “custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível” e “não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”.³¹ Para Voltaire, “o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos”.³² Analogamente, Diderot,³³ Filangieri,³⁴ Condorcet,³⁵ Pagano,³⁶ Bentham,³⁷ Constant,³⁸ Lauzé Di Peret³⁹ e Carrara⁴⁰ denunciam com força a “atrocidade”, a “barbárie”, a “injustiça” e a “imoralidade” da prisão preventiva, exigindo sua limitação, tanto na duração como nos pressupostos, aos casos de “estricta necessidade” do processo.

Nenhum desses pensadores, contudo, chegou a exigir coerentemente a supressão do vituperado instituto: como se ele fosse uma “injustiça necessária”⁴¹ ou exatamente, como declarou William Blackstone, como se sem ele fosse “impossível proteger o direito e a sociedade”.⁴² Hobbes justificou a “carceragem” com a necessidade de “custódia de um homem acusado”, afirmando que nesse caso ela “não é uma pena, pois se supõe que ninguém seja punido antes de ter sido ouvido em juízo”.⁴³ Beccaria, depois de tê-la considerado “necessária” contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas, chegou a considerá-la “uma pena que por necessidade deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito”.⁴⁴ Filangieri admitiu que “a esse passo violento da captura” dever-se-ia chegar “quando o acusado não quisesse obedecer à citação, ou quando a gravidade do delito ou a sua condição de domicílio e de honra o tornasse suspeito de fuga”.⁴⁵ Constant reconheceu a mesma “necessidade” somente “para assegurar as pessoas suspeitas de um delito”.⁴⁶ Bentham exigiu a “detenção solitária” do imputado até o interrogatório, admitindo sucessivamente, antes da liberação, a simples possibilidade de visita externa.⁴⁷ Pagano destacou “quanto perigo apresenta deixar livres aqueles infames réus ainda não comprovadamente delinquentes”.⁴⁸ Carrara, por fim, após ter declarado que a “custódia preventiva, considerada apenas no que respeita às necessidades do processo, não poderia ser senão brevíssima – tanto quanto necessário para interrogar o réu e ter de sua viva voz todos aqueles esclarecimentos que a instrução pode desejar” –, admitiu que ela pode ser decretada “não só para impedir a fuga do réu”, mas também “por necessidade de seguran-

ça pública”, isto é, “para impedir que, durante o processo, certos facínoras continuem com seus ataques ao direito alheio”.⁴⁹ Em suma, ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico.

A consequência dessa esboçada legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário e inquisitório da cultura penal oitocentista, arraigou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas. A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflictivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise,⁵⁰ não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como “medida de segurança processual”,⁵¹ “necessária para a defesa social”⁵² e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”.⁵³ Assim, enquanto o Código de Processo Penal de 1865 previa como regra o caráter facultativo do mandado de prisão,⁵⁴ e o Código de 1913 introduzia, além disso, a desencarceramento por decurso de prazos máximos,⁵⁵ o Código Rocco alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e automática,⁵⁶ suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo,⁵⁷ e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das “qualidades morais e sociais da pessoa”.⁵⁸ A tutela do inocente ficava confiada à vigilância hierárquica interna,⁵⁹ inclusive porque nenhum poder era reconhecido à defesa, de fato excluída da fase instrutória do juízo.⁶⁰

A prisão preventiva assumia assim a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena. E terminava por alterar a ordem completa do processo e, mais em geral, do sistema penal. O elemento mais dilacerante e aberrante foi indubitavelmente aquela invenção fascista da obrigatoriedade da prisão. É claro que o automatismo produzido pela obrigatoriedade resolve *ex lege* o problema dos critérios e portanto da função da prisão preventiva, implicando uma presunção legal absoluta de periculosidade, pouco importa se de tipo processual (perigo de fuga ou de deterioração das provas) ou penal (perigo de novos delitos futuros por parte do imputado em liberdade). E sobretudo é claro que uma tal presunção absoluta de periculosidade – derivando (não da prova, mas) de “suficientes indícios de culpabilidade”, isto é, do mesmo tipo de indícios exigidos para dar causa a imputação – equivale inteiramente a uma presunção de culpabilidade do imputado.

Essa fisionomia da custódia preventiva infelizmente se manteve também após a entrada em vigor da Constituição republicana, que no entanto consagrou o princípio de presunção de não culpabilidade. Com duas leis, de 1955 e de 1970, reintroduziram-se – em bem maior medida que no Código de 1939 – os prazos máximos e a conseqüente libertação após seu decurso.⁶¹ Mas só com uma Lei de 5 de agosto de 1988 e, depois, com o novo código de processo foi suprimido o duplo escândalo da prisão obrigatória e automática do imputado à espera de sentença – cuja ilegitimidade constitucional, no entanto, havia sido por várias ocasiões argüida⁶² – e do poder de captura ainda atribuído à acusação pública. Por outro lado, pouco depois da Lei de 1970, iniciou-se um dos mais vergonhosos períodos da nossa história institucional, ao qual convirá retornar na quarta parte. De ano em ano, a partir de 1974, os artigos do código de processo postos em defesa da liberdade pessoal do imputado foram objeto de inúmeras adulterações: duplicação e suspensão dos prazos máximos da prisão preventiva em função dos processos em curso; ampliações indiscriminadas, por tipo de delito, dos numerosos casos de prisão obrigatória previstos pelo Código Rocco com base no tipo de pena; restrições das hipóteses de liberdade provisória e conseqüente automatismo e inflexibilidade da prisão com base na simples contestação do crime. Por fim, uma Lei de 12 de agosto de 1982 incluiu entre os pressupostos do mandado de prisão facultativa, ao lado do perigo de fuga e de deterioração das provas de beccariana memória, aquela “periculosidade” social do imputado “relativa às exigências de tutela da coletividade” que nem mesmo o Código Rocco havia previsto abertamente.⁶³

A transformação da custódia preventiva de medida processual em medida de polícia ficava desse modo cumprida. E foi consagrada pelo art. 274, letra c, do novo código, que introduziu como pressuposto da prisão do imputado também “o concreto perigo de que este cometa” novos delitos por causa da sua “personalidade”. Esse resultado, uma vez admitida sua legitimidade pelas orientações mais progressistas, estava de resto na lógica do instituto, ainda que apenas para necessidades instrutórias já enunciadas por Beccaria: o perigo de fuga do imputado e o risco de deterioração das provas.⁶⁴ A debilidade dessa posição precária, revelada incapaz de impedir o desenvolvimento patológico da prisão sem juízo, é de fato a mesma que corrompeu a posição iluminista: a incoerência com a proclamada presunção de inocência mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto. Os princípios ético-políticos, como os da lógica, não admitem contradições, sob pena de inconsistência: podem despedaçar-se, mas não se inclinam à vontade; e uma vez admitido que um cidadão presumido inocente pode ser encarcerado por “necessidade processual”, nenhum jogo de palavras pode impedir que tal fato também se dê por “necessidade penal”. Sob esse aspecto tinha razão Manzini: “E, afinal, de que inocência se trata?... E então por que não se aplica o princípio com todas as suas conseqüências lógicas? Por que não abolir a prisão preventiva?”.⁶⁵

3. A ilegitimidade do encarceramento preventivo e a liberdade do imputado

É essa provocação de Manzini que devemos estar em condições de acatar, sob pena de reduzir a presunção de inocência a um inútil engodo, demonstrando que o uso desse instituto, antes ainda do abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais. Infelizmente, aquela provocação foi repelida por toda a doutrina processualista italiana, que, frente a isso, recuou timidamente. Novamente, como no pensamento liberal clássico,

tornou-se a invocar a “dura necessidade” e a lamentar a dolorosa “contradição”, não sem temer as “consequências extremas” de uma interpretação literal da presunção constitucional de não culpabilidade.⁶⁶ E antes de se desejar saber se na verdade algum fim pode justificar o meio, foi-se à procura dos fins que todavia o justificam, como se o meio fosse um fenômeno natural, a ser apenas explicado e delimitado, mas não fundamentado.

Penso, ao contrário, que a mesma admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um *juulgamento*. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal. Com semelhantes trapaças nas formalidades, como veremos na quarta parte, dissolveu-se – em nosso e em outros ordenamentos – a função de tutela do direito penal e o papel mesmo da pena enquanto medida preventiva exclusiva, alternativa a outras medidas certamente mais efetivas mas não tão garantistas.

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável.⁶⁷ E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do ponto de vista interno ou constitucional, comparando a custódia preventiva não somente com a presunção de não culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas.

Quais são então, se elas existem, as “necessidades” – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo? Já falei sobre a manifesta incompatibilidade, reconhecida pela doutrina mais atenta, entre o princípio da presunção de inocência (ou ainda só o de não culpabilidade) e a finalidade de prevenção e de defesa social, que inclusive depois da entrada em vigor da constituição uma vasta fileira de processualistas continuou associando à custódia do acusado enquanto presumido perigoso.⁶⁸ Restam as outras duas finalidades: a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado, já indicadas por Beccaria e reconhecidas como únicas justificações da doutrina e da jurisprudência mais avançadas. Certamente ambos esses argumentos atribuem ao instituto finalidades estritamente cautelares e processuais. Mas é isso bastante para considerá-los justificados? São as duas finalidades processuais, em outras palavras, realmente legítimas e, ainda, não desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? Ou, ao contrário, não existem meios do mesmo modo pertinentes mas menos gravosos tornando “desnecessário” o recurso à prisão sem processo?

Digamos imediatamente que a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação. O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado. Sua coercitividade é não só um escopo desnecessário, mas um propósito francamente ilegítimo,⁶⁹ cuja realização “para arrancar a confissão do réu” – nas palavras de Francesco Carrara – mostra “não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura; já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que uma tortura disfarçada”.⁷⁰

Mais plausível, quando se tratar de crimes particularmente graves e complexos, é a exigência instrutória de que antes do interrogatório o imputado não seja colocado em condição de alterar o estado das provas e de apresentar falsas defesas. Mas uma exigência semelhante pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas. É só esse, na verdade, como afirma Bentham, o período de tempo durante o qual é “necessário isolar o acusado”.⁷¹ É claro que uma medida desse gênero, além de produzir uma limitação da liberdade pessoal incomparavelmente mais breve que a da custódia preventiva, teria menos repercussão pública e não produziria, ou pelo menos reduziria, aqueles efeitos da ação penal difamatórios e infamantes que representam hoje um dos aspectos (extralegais e extrajudiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema punitivo. A única notícia que seria veiculada ao público é a de que um cidadão foi trazido à presença do magistrado para ser interrogado sobre um crime.

Mas depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos a custódia do imputado não há mais justificativa. “Depois que o indivíduo assim isolado prestou seu depoimento”, diz Bentham, “as portas da prisão devem estar abertas a todos que ele desejar consultar. Essa liberdade, apesar de necessária em caso de inocência, não dá ao culpado, contrariamente ao que normalmente se crê, qualquer possibilidade para enganar a justiça. Seus testemunhos já foram verbalizados e as informações que ele pode receber de seus cúmplices não poderão alterar substancialmente aquilo que disse”.⁷² Mas então – devemos nos questionar – se a esse ponto as possibilidades de o imputado deteriorar as provas são excluídas ou pelo menos enormemente reduzidas, por que não fazer cessar não apenas seu estado de isolamento, mas também sua detenção? Por que não abrir as portas do cárcere para deixá-lo sair em vez de deixar entrar seus conhecidos e parentes? Excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – realmente deteriorem as provas. “Se a privação de toda comunicação com o exterior”, escreve Bentham sustentando apenas a cessação do isolamento após o interrogatório, “fosse prolongada até o dia da audiência definitiva, nem mesmo o mais inocente dos homens, chegando ao tribunal sem ter podido se servir de conselhos e sem ter reunido suas contraprovas, estaria em condições de enfrentar seus acusadores”.⁷³ Pensamos talvez que seja muito

diferente desta a condição de um prisioneiro, ainda que não em total isolamento, com os poucos contatos e as escassíssimas possibilidades que tem na prisão para organizar a investigação e colher provas em sua defesa? E, afinal, se a prisão preventiva, como admite Bentham, não deve servir para isolar o imputado após o primeiro interrogatório, o que resta de sua função processual? Sob esse aspecto, em suma, a custódia preventiva depois do interrogatório pode ser considerada favorável somente por quem considere o papel da defesa como obstáculo inoportuno e a investigação como inquisição de parte. Contrariamente, dentro de uma concepção cognitiva e acusatória de processo ela não só não é necessária, mas prejudicial à averiguação da verdade por meio do livre contraditório.

Ainda mais infundado é o segundo motivo que, para Beccaria, justificaria a prisão preventiva: o perigo de fuga do imputado. Postulado que a temida fuga pudesse acontecer, uma vez admitida a condução coercitiva ao juízo só depois do interrogatório, é fácil também notar nesse caso a circularidade do raciocínio. O perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva. Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender. É portanto “o rigor extremo de vossa prática criminal”, exclamava Voltaire há dois séculos, “que o força a tal desobediência. Um homem acusado de um delito, antes de tudo vós os encerrais em uma cela horrível; não lhe permitis comunicar-se com ninguém e o carregais de grilhões como se já o tivésseis julgado culpado. Os testemunhos que depõem contra ele são escutados secretamente. Só por um momento o vêem para a confrontação... Quem nunca se assustou com esse procedimento? Qual homem justo pode estar seguro de não sucumbir?”⁷⁴ Esse medo que o impele à fuga, acrescentamos, não é o sinal da sua bem fundada desconfiança nos seus juízes e, portanto, da ilegitimidade do procedimento? “Oh, juízes”, concluía Voltaire, “quereis que o inocente acusado não fuja? Então facilitem-lhe os meios para se defender”.⁷⁵

Mas, ainda não levando em consideração essa circularidade, por que o perigo de fuga de um imputado já interrogado jamais deveria bastar para justificar uma violação tão séria e subvertida de todas as garantias penais e processuais como a pena antecipada sem julgamento? Tal perigo não é realmente um grande perigo. Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; e talvez bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima, não muito diversa da antiga *acqua et igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital.⁷⁶ Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do direito penal. Por fim, o perigo de fuga é diretamente proporcional à severidade das penas. Um ordenamento – por exemplo – que previsse a pena de morte muito dificilmente poderia renunciar a ter o imputado nas mãos durante muito tempo de forma a entregá-lo depois da condenação ao carrasco. Disso segue que a mitigação das penas reduz proporcionalmente o perigo de fuga dos imputados. Particularmente, a abolição da pena de detenção ou ainda apenas a redução da sua duração máxima para dez ou para cinco anos – analisado no parágrafo 31 –, ao reduzir drasticamente o pavor dos castigos, favoreceria subsequentemente a supressão da prisão preventiva.

4. Um processo sem prisão preventiva

Portanto essa contradição nos termos que é a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida. O imputado deve comparecer *livre* perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por *necessidade processual*: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas. A única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores. Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas. Mas nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.

Acrescento que a mesma condução coercitiva, se quisermos que a mais leve restrição da liberdade por ela produzida não seja desproporcional ao valor dos bens ofendidos pelo delito que lhe deu causa, só se justifica nos processos de crimes mais graves e com fundamento em exigências instrutórias motivadas. Por outro lado, depois do interrogatório duas são as possibilidades: ou se conclui que existem provas adequadas de culpabilidade, e então não há razão para procrastinar o julgamento e para não conduzir o imputado à presença dos juízes para proceder ao debate nas formas simplificadas previstas hoje para os julgamentos abreviado ou imediato; ou não há essas provas e então o imputado tem o direito de não ser seqüestrado no decorrer do processo e de defender de modo mais livre sua presunção de inocência.

É inútil dizer que, em nosso país, a abolição da prisão preventiva aqui proposta seria favorecida pela recente reforma de cunho acusatório dos outros aspectos do processo penal. Tecnicamente, ademais, ela seria tanto mais fácil e plausível quanto mais aceleradas fossem as fases do processo: precisamente quanto mais satisfeita fosse a regra de Bentham, segundo a qual uma pena pode ser tanto menos severa quanto mais rápida e infalível for sua aplicação.⁷⁷ Hoje, como veremos no parágrafo 47 a propósito de nosso ordenamento, a infalibilidade e a presteza da pena desejadas por Beccaria e por Bentham foram substituídas pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva.⁷⁸ E esta, por sua vez, provocou o prolongamento do processo exatamente na mesma medida em que foi prolongada a sua duração máxima.⁷⁹ O ideal seria, ao invés, que o interrogatório do imputado e sua eventual condução ao juízo coincidissem com o primeiro julgamento; e que em todo caso fosse reduzido ao mínimo – apenas aos dias necessários para as notificações – o intervalo entre o seu comparecimento ao juízo e o julgamento mesmo. Da redução dos prazos do processo, seguiria um aumento seguro da eficiência judicial. Mas, sobretudo, resultaria fortalecida a confiança na magistratura e restaurada a certeza do direito. Eliminando o medo e reabilitando as funções cognitivas em relação às funções potestativas da jurisdição, a supressão do cárcere sem processo valeria, em suma, mais que qualquer outra reforma, para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera. Mas isso depende não tanto de razões lógicas ou técnico-jurídicas, mas, ao contrário, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras. Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela idéia de que um delinqüente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa idéia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas. E é uma idéia exatamente oposta seja àquele sentimento comum da justiça que primeiro mencionei e que resulta ofendido pela captura de uma pessoa sem provas, seja aos princípios de liberdade e verdade que já reconhecemos como fontes de legitimidade da jurisdição. Isso quer dizer que as culturas da justiça são múltiplas, freqüentemente ambivalentes, às vezes conflitantes, e sobretudo historicamente mutáveis; que assenta na responsabilidade intelectual e política dos juristas e dos legisladores defender e consolidar os valores de razão, de tolerância e de liberdade que estão na base daquela conquista de civilidade que é a presunção de inocência e que em boa parte se identificam com os valores mesmos da jurisdição.

39. QUANDO JULGAR. O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

1. A não derrogação do juízo. A ilusão panjudicialista e a inflação do processo penal

O princípio de submissão à jurisdição expressado pelo axioma A7 *nulla culpa sine iudicio* não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado. Ele tem também o valor de uma norma de organização da *não derrogação do juízo* quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena. A não derrogação do juízo penal, postulada pela primeira vez em 1689, na Inglaterra, pelo art. 7 do Bill of Rights,⁸⁰ quer dizer por sua vez duas coisas, ambas conexas ao princípio de *legalidade*: que o julgamento é *indeclinável*, no sentido de que o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar, e que ele é *infungível*, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva ou potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados. No primeiro sentido, não derrogação designa uma obrigação do juiz, que no ordenamento italiano é correlativo ao da acusação; no segundo, ela designa o monopólio judicial da repressão penal, ou seja, a necessidade de que esta se desenvolva nas formas do juízo e seja confiada à competência exclusiva do juiz ordinário. Em ambos os sentidos, a não derrogação remete à organização da atividade judicial: por um lado à divisão de funções entre juiz e acusação e às condições que definem a figura do juiz e, por outro, aos procedimentos e os métodos de investigação que definem o juízo.

O princípio da não derrogação da jurisdição, mesmo acompanhado, como em nosso ordenamento, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não significa no entanto que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena. A idéia de uma perfeição e completude da intervenção judicial é antes a primeira ilusão a ser afastada. Disso foram bastante cons-

cios os criminalistas da Escola Clássica, que advertiram sobre o caráter absurdo e funesto do pretensão panjudicialista. “A idéia insensata de que o direito punitivo tem de extirpar os crimes da terra”, escreveu Carrara, “conduz à idolatria do terror na ciência penal”.⁸¹ E Pagano estava a postos contra o zelo inquisitório e as ideologias eficientistas [da eficiência], denunciando não só o “arbitrário e imoderado poder” que “é necessário deixar nas mãos do juiz” quando se quer “que a mais leve falta não fique impune”, como também o preço “das violências necessárias e atentados à liberdade do inocente” que precisaria pagar pelo esclarecimento de todo “delito oculto”.⁸²

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais freqüentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais. Obviamente hoje seria inconcebível uma lei como aquela atribuída por Filangieri a Sólon, que proibia a realização de mais de um julgamento em um só dia.⁸³ Quando se pensa que o número de processos ajuizados anualmente em um país como a Itália supera os três mil, deve-se então reconhecer as dimensões patológicas que a inflação da justiça penal já assumiu. O fenômeno, como veremos na quarta parte, é devido a múltiplas causas e a responsabilidades variadas. Mas ele já ameaça de maneira radical o papel garantista da justiça penal, comprometendo-lhe a eficiência e direcionando-a a formas de direito penal máximo e autoritário.

2. Processo acusatório e processo inquisitório. Modelos teóricos e tradições históricas

A definição do papel e da colocação institucional do juiz e, por outro lado, a determinação dos procedimentos que formam o juízo são objeto, respectivamente, das garantias *orgânicas* de que falarei no parágrafo 40 e das garantias *procedimentais* de que falarei no parágrafo 41. As duas ordens de garantias, conexas lógica e funcionalmente entre si, mudam profundamente de acordo com o caráter acusatório ou inquisitório do sistema processual ao qual pertencem e que em conjunto caracterizam. É então dessa dicotomia fundamental que é necessário falar preliminarmente.

A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos

do jurado dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões múltiplas, pois freqüentemente mantiveram-se como essenciais a um ou a outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis.

Obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica. Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva. Tudo isso torna ainda mais essencial, no plano metodológico – de modo a evitar operações ideológicas de desvirtuamento histórico ou construções teóricas logicamente inconsistentes e axiologicamente inúteis –, manter bem distinta a noção teórica e convencional dos dois modelos de reconstrução das suas características empíricas nas diferentes experiências históricas. Embora de fato dessa reconstrução possa resultar um esclarecimento dos nexos funcionais que ligam os diversos elementos de qualquer modelo teórico, na experiência prática estes nunca aparecem em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente e nem axiologicamente necessários. Isso depende de contingentes e espontâneas dinâmicas histórico-políticas, ou de explícitas escolhas legislativas precárias, ou ainda do fato de que muitos princípios relativos a uma ou outra tradição acabaram se afirmando como universalmente válidos na Idade Moderna, surgindo, portanto, ao menos no papel, em todos os ordenamentos processuais evoluídos: pense-se, por exemplo, no caráter público da acusação em lugar do caráter privado, de origem inquisitória, ou no livre convencimento do juiz, no contraditório e nos direitos de defesa, de ascendência acusatória.

Estabelecidas essas premissas indispensáveis, parece-me que no plano teórico a dicotomia “acusatório/inquisitório” pode utilmente designar uma dúplice alternativa: primeiramente aquela entre dois modelos opostos de organização judiciária e por conseguinte entre duas figuras de *juiz*; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de *juízo*. Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. Está claro que aos dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular

e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias).

Bem mais complexos e articulados são os lineamentos históricos das duas tradições, tais como vêm se desenvolvendo e alternando nos séculos paralelamente aos ciclos dos regimes políticos – ora democráticos, ora despóticos – dos quais sempre foram expressão.⁸⁴ É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do juízo.⁸⁵ Se, de fato, a passagem da vingança de sangue para a lei penal se completa quando as funções judicantes e punitivas são confiadas a um terceiro órgão e bem cedo público, a titularidade da acusação permanece por longo tempo nas mãos da parte ofendida ou do seu grupo familiar para depois transferir-se, em época mais tardia, à sociedade como um todo e por meio dela a todo cidadão singular.⁸⁶ É precisamente desta natureza *privada* ou *polar* – e, seja como for, voluntária – da ação penal que derivam, no processo romano *ordinário*, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular. Não ao acaso as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma imperial com os procedimentos de ofício para os *delicta publica*, a começar pelos *crimina laesae majestatis* de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direto interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado.⁸⁷ Faltando o sentimento cívico e o costume de liberdade que na República havia permitido o funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, “a acusação pública se transformou na denúncia fatal” e na “calúnia oculta”, que “se tornaram instrumento da tirania”.⁸⁸ Nasceu assim, com a *cognitio extra ordinem*, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido *ex officio*, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe (os *irenarchi*, os *curiosi*, os *nunciatores* e os *stationarii*), baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.⁸⁹

Depois da queda do Império romano, o processo volta a ser acusatório, confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais,⁹⁰ evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório, elaboradas entre o fim do primeiro milênio e o século XII,⁹¹ e desenvolvendo-se e consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*.⁹² Mas a inquisição tornou a florescer no século XIII com as Constituições de Frederico II nos processos por crimes de lesa-majestade⁹³ e, de forma ainda mais terrível e feroz, no processo eclesiástico para os delitos de heresia e magia, nos quais o ofendido era Deus e, por isso, a acusação era obrigatória e pública, não era admitida a incerteza na busca da verdade, nem tolerado o contraditório, sendo antes exigida a colaboração forçada do acusado.⁹⁴ Ao menos teoricamente, como já no direito romano tardio, o rito inquisitório manteve sempre um caráter *extraordinário* em relação ao acusatório, que sobre ele prevalecia quando a acusação era apresentada.⁹⁵ O que importa, não obstante, é que – afirmado o princípio de acordo com qual “ju-

dex ex officio procedere potest in criminalibus etiam absente accusatore”⁹⁶ – o processo inquisitório de fato assumiu bem rapidamente um caráter ordinário, difundindo-se depois do século XVI em todo o continente europeu, generalizando-se para todos os tipos de crimes,⁹⁷ complicando-se em virtude da multiplicação dos foros e das incertezas das competências,⁹⁸ organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitórias, práticas de tortura e cânones de magistratura,⁹⁹ gerando e por sua vez alimentando-se daquela “multidão de formalidades” e das “intrigas e confusões” inventadas pelas “milícias togadas” e pelas “milícias doutorais”,¹⁰⁰ que durante cinco séculos infestaram a Europa fazendo da doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores.¹⁰¹

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimento dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês.¹⁰² Foi portanto natural que a Revolução Francesa adotasse – na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz.¹⁰³ Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos da revolução. Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, que foi o assim denominado “processo misto”,¹⁰⁴ com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

O modelo napoleônico de processo misto se difundiu no século passado em toda Europa,¹⁰⁵ fixando raízes firmes especialmente na Itália. Imposto ao Reino itálico contra o projeto de codificação elaborado por Romagnosi em 1806,¹⁰⁶ foi acolhido pelos Códigos borbônico de 1819, de Parma de 1820, pontifício de 1831, toscano de 1838 e pelos Códigos piemonteses de 1847 e de 1859; e se conservou ininterruptamente, com variações apenas marginais, no Código italiano de 1865, no de 1913 e finalmente no Código Rocco de 1930. A mistura e o compromisso entre os dois modelos continuaram na era republicana, através da introdução de fracos elementos acusatórios na fase instrutória, mas ao lado de maiores poderes judiciais aos órgãos inquiridores.¹⁰⁷ Disso resultou uma ulterior acentuação do caráter de juízo autônomo da fase instrutória e um progressivo esvaziamento da fase dos debates, reduzida a mera e prejudgada duplicação da primeira. O conjunto, como veremos na quarta parte, alcançou do mesmo modo um caráter de irracionalidade e despotismo comparável aos do processo pré-moderno, e só em parte superados pelo novo Código de Processo Penal.

3. A separação entre juiz e acusação. Publicidade e obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma A8 *nullum iudicium*

sine accusatione, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico SG. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de *parte* – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado.¹⁰⁸ Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do *distanciamento* do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos *ônus da contestação e da prova* atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

No entanto, não existe nenhum nexos, seja lógico ou funcional, entre o modelo teórico acusatório e a discricionariedade da ação penal, nexos este que todavia sempre existiu na experiência prática – antiga e moderna – do processo acusatório. Para dissipar o engano que se oculta atrás da idéia de tal nexos, e para compreender melhor os termos da alternância entre obrigatoriedade e discricionariedade da ação penal, convém remontar às origens do processo acusatório. É claro que no processo acusatório antigo, em que a iniciativa penal era incumbência da parte ofendida ou de qualquer cidadão singular, o poder de acusação não podia ser senão discricionário. Em um tal sistema, a discricionariedade de fato era não só logicamente implicada mas, também, axiologicamente justificada pelo caráter privado ou mesmo exclusivamente popular da ação, cuja omissão, em coerência com o caráter ainda tendentemente privado do mesmo direito penal substancial, sinalizava uma tolerância ou, ao menos, uma falta de reação social ao delito.

Mas, com a afirmação do caráter público do direito penal e da sua função de prevenção geral dos crimes além da mera função de vingança, também a acusação perdeu progressivamente sua natureza privada originária e assumiu natureza e modalidade inteiramente públicas: primeiro, como se viu, mediante a atribuição a qualquer cidadão, pelos *delicta publica*, da ação cívica ou popular,¹⁰⁹ e, depois, com a instituição, ao lado dos órgãos judicantes, de um acusador ou Ministério Público.¹¹⁰ Na época do Iluminismo foi discutida por muito tempo a oportunidade de confiar a acusação pública a um “vingador público”, como Montesquieu quis denominá-lo,¹¹¹ ou de restabelecer seu caráter popular, reservando a um órgão público apenas funções subsidiárias ou suplementares, como propôs Filangieri.¹¹² A primeira solução foi imposta na Europa continental: na Áustria, com a Constituição criminal teresina de 1768, que aboliu a “acusação voluntária”,¹¹³ e sobretudo na França, com a Constituição do ano VIII e depois com o Código de Processo de 1808 e o Ordenamento Judiciário de 1810, que instituíram o monopólio da ação penal a cargo de um “Ministério Público” de nomeação governativa, posteriormente reproduzido mais ou menos integralmente na Itália e em quase todo o continente europeu.¹¹⁴ A segunda solução, ao contrário, se afirmou nos ordenamentos anglo-saxões, que também acabaram confiando o exercício da ação penal a órgãos substancialmente públicos (o *Director of Public Prosecutions* e o *Attorney General*), ainda que concomitantemente com as formas mais ou menos residuais de ação popular.¹¹⁵ Mas em nenhum caso jamais se pôs em discussão o princípio da *publicidade da ação*, tornada desde então uma conquista pacífica de toda experiência processual contemporânea.

A discricionariedade da ação e a conseqüente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos,¹¹⁶ represen-

tam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado – e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal –, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletitude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo.¹¹⁷ O sistema – introduzido também na Itália nas formas sub-reptícias dos acordos ou transações sobre a pena ou sobre o rito do qual falarei no parágrafo 45.5 – apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência, se é verdade que ela permite solucionar mais de 90% dos casos com o *guilty plea* e de reservar apenas aos poucos casos remanescentes as bem polidas características garantistas do *trial by jury*. Mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo.

Excluído que o modelo teórico acusatório necessariamente suponha a discricionariedade da acusação, deve-se crer, ao contrário, que ele comporta logicamente e funcionalmente o princípio oposto da *obligatoriedade* e da *irrevogabilidade* da ação penal por parte dos acusadores públicos, esteja a ação prevista como exclusiva ou ao contrário em concorrência com formas mais ou menos extensas de ação popular e voluntária. No plano lógico, esse princípio, expressado pelas nossas teses T25 e T50 *nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*, é uma consequência da não derrogação do juízo postulada por nossas teses *nullum crimen, nulla culpa sine iudicio* e do mesmo princípio acusatório *nullum iudicium sine accusatione*. No plano funcional, ele é consequência das razões mesmas da publicidade da acusação, já conquistada em todos os ordenamentos evoluídos: a garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei, a asseguuração da certeza do direito penal e, sobretudo, a tutela das partes ofendidas mais fracas.

Direi antes que, se o processo misto de tipo francês e italiano, nascido da justaposição de uma instrução inquisitória e de um juízo acusatório, é um “monstro”, não menos monstruoso é o processo anglo-saxão, também ele fruto de uma híbrida união entre a publicidade da acusação e dos órgãos a ela designados, que é de derivação inquisitória, e a sua discricionariedade, que é de ascendência acusatória. É de fato completamente absurda a figura de um acusador público – pouco importa que seja eleito – não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado. Obviamente, se a publicidade da acusação importa sua obrigatoriedade pelos órgãos públicos competentes, não implica de modo algum a sua titularidade exclusiva, sendo perfeitamente compatíveis com o modelo teórico acusatório formas autônomas, livres e subsidiárias de ação popular: aptas a complementar a ação do Ministério Público em defesa dos direitos e dos interesses, individuais ou coletivos, ofendidos pelo crime; a solicitar e, se necessário, remediar a inércia culpável dos órgãos públicos; a permitir a participação e o controle popu-

lar sobre o exercício da ação penal e indiretamente sobre toda a função jurisdicional.¹¹⁸ Contrariamente à tradição inquisitória, em que a acusação era obrigatória para os cidadãos e discricionária para o acusador público,¹¹⁹ a ação penal deve, em suma, ser um dever para os órgãos do Ministério Público e um direito para os cidadãos.

Por outro lado, por “obrigatoriedade” da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da “não derrogação” do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime “leve” ou “oculto”, mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade. Nesse sentido, a obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista SG: primeiramente, da *legalidade* ou sujeição apenas à lei de toda a função judiciária, o que exclui seu impulso com base em critérios puramente arbitrários e potestativos; em segundo lugar, da *indisponibilidade* das situações penais que previne o valor dirimente da confissão do imputado ou o poder absolutório dos órgãos de acusação, em geral impedindo também a importância de transações, aceitações ou renúncias entre as partes em causa; em terceiro lugar, do princípio de *igualdade* penal, que impede qualquer disparidade de tratamento dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo, ou, pior, por avaliações acerca do comportamento processual do imputado e particularmente sobre sua disponibilidade para negociar com a acusação.

Esses mesmos princípios e aquele da obrigatoriedade da acusação, decorrente dos mesmos, exigem por fim a extensão aos órgãos inquiridores das mesmas garantias de *independência* e *sujeição somente à lei* reservadas aos órgãos judicantes. Também nesse ponto deve-se afastar um lugar comum, qual seja a idéia de que os órgãos de acusação, só porque foram deslocados da ordem judiciária, devem ser estruturados hierarquicamente e até mesmo depender de alguma articulação dos poderes executivo ou legislativo. Ao contrário, o que se exige, em garantia da obrigatoriedade da ação penal e portanto de sua sujeição somente à lei, é a total autonomia também do poder inquiridor em relação a qualquer poder ou condicionamento, juntamente com a subordinação de uma polícia eficiente, profissionalizada e por sua vez imune às ingerências do Executivo ou de outros poderes.

4. Proceder de ofício e condições de proceder

A publicidade e a obrigatoriedade da ação penal não são contraditadas pelo fato de que em alguns casos o exercício do poder de acusação seja subordinado a algumas manifestações de vontade configuradas pela lei como *condições de proceder*: como a apresentação da queixa ou representação pelo sujeito ofendido, ou do pedido ou autorização pelos órgãos do Poder Executivo. De fato, todos esses atos constituem algumas condições necessárias e bastantes para a possibilidade de proceder penalmente, de modo que, enquanto eles não configuram ações em sentido próprio, mas apenas circunstâncias necessárias em cuja ausência a ação preclui, sua presença é suficiente para que os órgãos da acusação pública sejam obrigados a agir. A discricionariedade, por conseguinte, não é em tais casos do Ministério Público e tampouco do juiz, mas só da parte lesada ou da autoridade pública, à qual o ordenamento reserva o poder de decidir acerca da oportunidade de uma tutela penal do bem ofendido pelo crime.

É útil distinguir entre *condições objetivas* e *condições subjetivas* de proceder. São condições objetivas aquelas que se referem à natureza do *crime*, como a queixa, a representação e o pedido, deixados a cargo da parte ofendida ou do governo de acordo com a qualidade do bem ofendido ou com o fato de ter sido o crime cometido fora do território nacional. São, ao contrário, condições subjetivas as que se referem à natureza do *réu*, como a autorização para processar parlamentares ou a velha “garantia administrativa”, que constituem as imunidades reservadas a algumas pessoas.

O valor da igualdade dos cidadãos perante a lei, expresso no parágrafo 36.2 com a proibição de normas penais quase constitutivas, e o princípio de não derrogação do juízo enunciado com o axioma A7 no primeiro ponto deste parágrafo excluem a legitimidade de todas as *condições subjetivas de proceder*, isto é, de qualquer forma de *imunidade* a favor de sujeitos privilegiados. Tais imunidades, embora remontem ao direito romano e tenham se difundido amplamente durante o *Ancien Régime*,¹²⁰ receberam uma legitimação política exatamente da Revolução Francesa, que pretendeu com elas tutelar – em detrimento do princípio de igualdade, mas em nome da separação dos poderes – a independência das funções legislativa e executiva em relação às interferências do Poder Judiciário.¹²¹ A mais odiosa de todas foi, sem dúvida, a denominada “garantia administrativa”, ou seja, a autorização do governo para processar os funcionários públicos pelos seus atos de ofício. Introduzida na França por uma série de leis de 1789 e 1790, e depois, pelo art. 75 de Constituição de 13.12.1799, ela foi suprimida por um decreto de 19.09.1870.¹²² Mas penetrou na Itália,¹²³ onde permaneceu até a República, ainda que limitadamente para alguns funcionários: aos prefeitos, vice-prefeitos, síndicos e a quantos lhes fizerem as vezes para os delitos cometidos em razão do ofício (peculato, corrupção, falsidade e similares), graças aos arts. 8 e 110 da Lei de 20.03.1865, reproduzida fielmente por todas as sucessivas versões da lei municipal e provincial – n. 5.921 de 10.02.1889, n. 164 de 04.05.1898, n. 269 de 21.05.1908, n. 148 de 02.02.1915 e n. 383 de 03.03.1934 – e finalmente anulada pela Sentença n. 4 de 18.02.1965 da Corte Constitucional;¹²⁴ aos funcionários e agentes da polícia para fatos realizados em serviço e relacionados ao uso de armas, com base no art. 16 do velho Código de Processo, anulado pela Sentença n. 94 de 18.06.1963 da mesma Corte Constitucional;¹²⁵ aos funcionários públicos e empregados, por falso testemunho ou prevaricação cometidos em tutela de segredo de Estado, por força do art. 352 do mesmo código, ab-rogado pelo art. 15 da lei n. 801 de 24.10.1977. As únicas imunidades ainda previstas em nosso ordenamento, como em muitos outros ordenamentos contemporâneos, são portanto a parlamentar do art. 68, parágrafos 2.º e 3.º, da Constituição, que dá garantia aos representantes do povo contra o poder real, transformou-se também há tempos num privilégio de poder, e aquela análoga prevista para os juízes da Corte Constitucional pelo art. 3 da Lei constitucional n. 1 de 09.02.1948.¹²⁶

Ao contrário, a lógicas totalmente diferentes respondem as *condições objetivas de proceder*, pois, sob perfis também diversos, elas expressam simplesmente a tendência a minimizar o direito penal quando faltem ou desapareçam os escopos que justificam a pena. Assim, o fundamento da queixa e de outros institutos menores a ela assimiláveis (ainda que menos justificáveis) – a autorização do Ministro da Justiça para alguns crimes contra a personalidade do Estado, a requisição ministerial ou a representação da parte ofendida para crimes cometidos no estrangeiro – se identifica com a suposição da finalidade de prevenir a autotutela não mais como prioritária, de acordo com o que se disse no capítulo

sexto, mas como exclusiva. Particularmente a queixa – que é indubitavelmente um resíduo de ação privada – se justifica com a antiga distinção, que ainda se deve ter como fundamentada, entre *delicta publica* e *delicta privata*: os primeiros lesivos a interesses inter-subjetivos e a direitos subjetivos fundamentais e *indisponíveis*; os segundos lesivos a direitos e interesses *disponíveis* e deixados completamente à autonomia do seu titular.¹²⁷ Seria de fato insensato, segundo uma perspectiva de direito penal mínimo, proceder de ofício para aqueles delitos privados que ofendem direitos disponíveis quando a parte ofendida não deseja a investigação e a punição. O único problema – de justificação externa ou política – é o dos critérios de determinação dos crimes para os quais existe um interesse público autônomo para proceder, de modo a prevenir novos delitos, e dos critérios em que tal interesse está condicionado à reação da parte ofendida.

Pareceria evidente, em um modelo de direito penal mínimo, que entre os delitos processáveis mediante queixa deveriam incluir-se todos aqueles cujo bem ofendido é *disponível*: nesses casos a queixa é uma garantia essencial da autonomia da parte ofendida e especificamente da sua disponibilidade do bem. Mas o problema se transfere, em tal caso, para a identificação dos bens disponíveis. Quais bens devem ser valorados como disponíveis e quais como indisponíveis? Parece pacífico que a categoria mais exemplar de bens disponíveis deveria ser a dos bens patrimoniais privados; assim, deveriam resultar processáveis mediante queixa da parte todos os crimes contra a propriedade privada: não só a apropriação indébita, a insolvência fraudulenta e o dano, mas também o furto, a fraude, a receptação e similares. Tal, por exemplo, foi a opinião de Condorcet,¹²⁸ que permaneceu isolada e estranhamente inobservada por quase todas as legislações. Por que, de fato, jamais, diante do furto, da fraude ou de outros delitos que atingem bens por natureza alienáveis e negociáveis, deve-se proceder de ofício? Qual interesse superior, que não seja ideológico e simbólico, é protegido pelo Estado com o procedimento de ofício em tutela da propriedade? Se não é o proprietário singular ofendido que se pretende tutelar, visto que se procede também contra sua vontade, não é porventura a idéia ou o valor abstrato da propriedade que forma o objeto das normas sobre o furto? Ao contrário, deveriam ser julgadas de ofício todas as lesões pessoais, inclusive culposas, que produzam perecimento desse bem indisponível e fundamental que é a integridade da pessoa. Evidentemente o problema remete à escala dos bens e valores que merecem tutela penal incondicionada, ou condicionada à iniciativa singular da parte ofendida. E essa escala, na maior parte dos ordenamentos, indica uma injustificada valoração da propriedade privada.

Há, então, um segundo critério de determinação de crimes processáveis mediante queixa, seguramente mais problemático e controverso do que o da disponibilidade dos bens: e é o da tutela da autonomia e do interesse à privacidade da parte ofendida, que poderia resultar violada por um processo público como o penal. O problema está posto e dá lugar a infinitas polêmicas e incompreensões, a propósito das leis recentemente propostas contra a violência sexual. Aqui está fora de discussão o caráter indisponível e fundamental do bem ofendido, que justificaria o procedimento de ofício. Mas é do mesmo modo evidente a necessidade de proteger a autonomia da parte ofendida, que poderia considerar uma segunda violência um processo que a forçasse a confrontar-se em público com seu agressor.¹²⁹ A tutela da autonomia da parte ofendida me parece o valor decisivamente mais importante. Mas como sempre acontece em opções desse tipo, existem argumentos tanto a favor como contra a queixa, e a escolha sempre implica o sacrifício de algum dos valores em conflito.¹³⁰

Ao lado das condições de não proceder por assim dizer *originárias* e *negativas* que examinei até agora, existem, enfim, condições de não proceder *positivas* e normalmente *supervenientes* no que tange ao exercício da ação penal, como a morte do réu, a renúncia à queixa, a prescrição do crime, a anistia própria e o perdão. A doutrina penalista, sujeitando-se a uma inovação introduzida pelo Código de 1930,¹³¹ caracterizou essas circunstâncias como figuras de direito substancial e, com terminologia variada, denominou-as “causas extintivas do crime”,¹³² “causas extintivas da responsabilidade penal”,¹³³ “causas extintivas dos efeitos penais”,¹³⁴ ou ainda “causas extintivas da punibilidade”,¹³⁵ aludindo, em todos os casos, a um fenômeno improvável e misterioso, qual seja, a “extinção” do fato-crime ou de suas consequências jurídicas, que seria vão tentar elucidar empiricamente. Eu penso que todas essas figuras são mais corretamente caracterizadas como causas ou *condições de não proceder*, diferindo da queixa, da representação, do pedido e da autorização pelo só fato de que não mais sua ausência mas sua presença paralisa o exercício da ação penal, impedindo o início ou a persecução. Também elas, de fato, ao lado das condições que impedem as possibilidades de proceder originárias e negativas, consistem em eventos completamente estranhos à estrutura do crime e sucessivos à sua execução. E também elas comportam – diferentemente das causas substanciais de exclusão do crime examinadas no parágrafo 35.6 – não já a absolvição do réu no mérito mas o obstar da ação com a fórmula “não dever proceder” porque, como diz o nosso código, “a ação não podia ser iniciada ou não pode prosseguir”.¹³⁶ De resto, seu fundamento axiológico não é diferente daquele das condições originárias de não proceder. Por exemplo, a justificação de não proceder pela ocorrência de prescrição é em grande parte a mesma que vimos ao não proceder por falta de queixa: o decurso do tempo sem que ninguém impulsione a acusação de fato sinaliza a perda de utilidade das penas pela ausência de qualquer função preventiva e, particularmente, daquela função primária que é a prevenção da autotutela.

40. QUAL JUÍZ? AS GARANTIAS ORGÂNICAS

1. Modelos de juiz e modelos de processo. Juízes cidadãos e juízes magistrados

Quem deve ser o juiz? Qual o sujeito legitimado a exercer aquele complexo poder que no capítulo 3 decompus em quatro poderes – de interpretação das leis ou verificação jurídica, de valoração das provas ou de verificação dos fatos, de conotação equitativa e de disposição discricionária? Quais são as qualidades subjetivas e a colocação institucional requeridas ao juiz em relação às funções – a busca da *verdade* e a tutela das *liberdades* – que representam as fontes de legitimação? E quais são as que melhor garantem a eficiência e a adequação daquele outro poder, não menos importante e delicado, que é a função acusatória ou de postulação?

Interrogações como essa se referem evidentemente a questões *orgânicas* de justificação externa, prévias àquelas mais propriamente *procedimentais* das formas e garantias do juízo, e não obstante a estas funcionalmente conexas. A escolha do modelo de juiz – de seus requisitos pessoais, de suas modalidades de seleção e recrutamento, de sua posição constitucional, dos critérios de determinação de suas competências e das formas de controle de sua atividade – de fato está ligada ao modelo de juízo previamente escolhido, e, portanto, à fonte de legitimação de modo geral atribuída à jurisdição. Esse nexo entre pessoa e rito, entre ordenamento judiciário e método processual, sempre esteve presente na dou-

trina processual clássica. Giovanni Carmignani, por exemplo, combateu duramente o instituto do júri em nome do valor garantista por ele atribuído à motivação das sentenças, de costume considerada impossível para os juízes não técnicos ou populares;¹³⁷ enquanto Francesco Carrara sustentou não menos firmemente a tese oposta, em nome do valor democrático por ele associado aos juízes populares e das perversões burocráticas e inquisitórias por outro lado decorrentes da atividade dos juízes profissionais.¹³⁸

A alternativa entre *juízes-magistrados* e *juízes-cidadãos* sempre formou, não obstante, a opção mais decisiva em matéria de ordenamento judicial. Além das formas múltiplas e variadas de organização da justiça, todos os juízes podem ser reconduzidos a uma ou outra das seguintes figuras opostas: “pessoas privilegiadas”, como os denominou Carrara, ou “cidadãos livres”; “juízes juristas” e “funcionários” ou “juízes populares”; juízes “assalariados”, “estáveis”, “permanentes”, “togados”, “técnicos” e “de carreira”; ou “juízes temporários”, “jurados” ou ainda “pares” do imputado, escolhidos pelo povo e/ou entre o povo e expressão direta de todos os cidadãos.¹³⁹ Trata-se de uma alternativa franca, que atravessa e caracteriza toda a história do processo penal e é em larga medida correlativa àquela examinada acima entre tradição acusatória e tradição inquisitória. Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.

Assim, aconteceu, na história das instituições judiciárias, que os dois modelos de juiz – não diversamente, de resto, dos dois modelos de acusação, popular e burocrática – são reproduzidos mais ou menos paralelamente, alternando-se entre método acusatório e método inquisitório. Popular em Atenas e na Roma republicana, quando o processo era estruturado de forma acusatória,¹⁴⁰ o juiz se tornou um funcionário na Roma imperial, simultaneamente ao consolidar-se do método inquisitório.¹⁴¹ Tornou depois a ser popular, na experiência acusatória alemã e sobretudo na inglesa da Alta Idade Média, dos juízes “pares” ou “jurados”, configurados de início como os “homens probos do bairro” chamados a realizar o *verdictum* ou testemunho “jurado” da acusação, e transformados desde a época da *Magna Charta* no hodierno júri.¹⁴² Voltou a ser magistrado na época da Inquisição, até os primórdios da Idade Moderna, quando a *iurisdictio* foi compreendida como manifestação da função soberana e por isso exercitada pelo imperador ou pelo papa, ou ainda por seus delegados, comissários ou oficiais.¹⁴³ Foi novamente cidadão na mais breve experiência acusatória introduzida com a Revolução Francesa, que, em coerência com a descoberta iluminista da tradição romana clássica e anglo-saxã, introduziu o júri juntamente ao sistema acusatório.¹⁴⁴ E retornou finalmente a ser magistrado com a restauração, nos Códigos napoleônicos e depois no processo misto de tipo continental, de formas inquisitórias e burocráticas de jurisdição.¹⁴⁵

Correlativamente, de tempos em tempos na cultura jurídica mudaram os requisitos exigidos à pessoa do juiz. Na tradição inquisitória pré-moderna “iudex illiteratus repellitur”:¹⁴⁶ os juízes, acrescentava-se, “non possunt esse viles, ignobiles aut filii clericorum”,¹⁴⁷ mas deviam ser, não diversamente dos atuais juízes concursados, *doctores legum*, ou seja, juristas de profissão, às vezes vindos de fora para exercer a seu “competente” magistério.¹⁴⁸ Ao contrário, a cultura iluminista contrastou unanimemente com a idéia do juiz técnico e profissional, optando por um juiz não técnico e popular em seu lugar, não diverso da

cozinha que seria almejada por Lênin para o exercício de todo poder público: um “homem de ordinário bom-senso”, como conjecturou Beccaria;¹⁴⁹ “todo homem que não seja nem estúpido nem louco, e que tenha uma certa conexão de idéias e uma suficiente experiência do mundo”, como propôs Filangieri;¹⁵⁰ um “bom pai de família” com os dons comuns do “homem natural”, como escreveu Bentham;¹⁵¹ um “homem moral” e dotado de “equidade”, segundo Lauzé Di Peret;¹⁵² uma pessoa “peu savant” mas dotada de experiência, como exigiu Voltaire;¹⁵³ um cidadão de “educação média”, segundo as palavras de Nicola Niccolini.¹⁵⁴ E antes ainda “as qualidades que fazem um bom juiz”, todas de caráter não técnico, tinham sido assim enumeradas por Hobbes: “1) Um justo entendimento da lei principal da natureza chamada equidade”, que depende “não da leitura dos escritos de outros homens mas da bondade da própria razão natural e da própria meditação...; 2) O desprezo por inúteis opulências e promoções; 3) Ser capaz, ao julgar, de se desvencilhar de todo temor, fúria, ódio, amor e compaixão; 4) Paciente e diligente atenção para escutar e memória para reter, ordenar e aplicar o que foi ouvido”.¹⁵⁵

Foi em nome desta concepção popular da jurisdição que o pensamento liberal clássico, lembrando dos horrores da Inquisição, alinhou-se principalmente em favor do modelo do “juiz cidadão”. “O Poder Judiciário”, escreveu Montesquieu, “não deve ser confiado a um senado permanente, mas sim a pessoas escolhidas dentre o povo, em determinados períodos do ano... É necessário, além disso, que os juizes possuam a mesma condição do acusado, isto é, sejam seus pares, para que ele não possa suspeitar de ter caído nas mãos de pessoas propensas a lhe tratar com violência”.¹⁵⁶ “O povo julga a si mesmo”, acrescentou Kant, “através de seus concidadãos que ele nomeia para esse efeito, com livre escolha, como seus representantes, para cada ato particular”.¹⁵⁷ Por sua vez, Francesco Carrara quis identificar no instituto dos jurados um dos fundamentos do “quadrilátero das liberdades”,¹⁵⁸ e não hesitou em manifestar “repugnância” pelos juizes burocratas, assalariados e funcionários do governo, tanto mais se não afeitos a dar conta dos motivos de suas decisões.¹⁵⁹ E Lauzé Di Peret conseguiu chamar “ordinários” só aos juizes populares ou jurados, em cada um dos quais “o acusado vê um outro si mesmo” se forem “seus pares”, isto é, “homens semelhantes a ele”;¹⁶⁰ enquanto chamou “especiais” ou de “exceção” todos os juizes permanentes ou “de carreira”, “que não são iguais (pares) ao acusado”¹⁶¹ e, portanto, na medida em que decidem com base na livre convicção e sem o vínculo das provas legais, equivalem a “ditadores sem risco público”.¹⁶² Certamente, admitiam Carrara e Lucchini, os juizes populares não têm “conhecimento legal”,¹⁶³ o que torna problemática a sua capacidade de apresentar a motivação. Mas os juizes magistrados, acrescentavam, têm o vício mais grave do “costume”,¹⁶⁴ que pode provocar a “fossilização intelectual”, a “indiferença” e a “perniciosa desenvoltura no decidir”.¹⁶⁵

Na experiência italiana, como em geral na Europa continental, predominou desde as reformas setecentistas, consolidando-se posteriormente com a legislação napoleônica, a escolha pelos “juizes-magistrados”,¹⁶⁶ assistidos, no entanto, pela garantia da independência e obrigados à motivação do seu livre convencimento. A participação do povo na administração da justiça, que ainda é prevista pela nossa Constituição, foi limitada apenas às *Corti d'Assise*. Mas a vocação italiana para “o misto” produziu, em 1931, a supressão do velho júri e sua substituição por um órgão composto de seis juizes populares e de dois togados, destinados inevitavelmente a ter supremacia sobre os primeiros.¹⁶⁷

Naturalmente, para avaliar a figura hodierna do juiz-magistrado são completamente inadequados os critérios expostos no século passado pelo pensamento penal liberal. Antes

de tudo, como foi dito no parágrafo precedente, é necessário tratar, também nessa matéria, das proposições esquemáticas e das simplificações. Não existe, particularmente, um nexo teórico – além do histórico – entre método acusatório baseado no livre convencimento de um juiz espectador e juiz popular que decide sem motivação. No plano teórico, ademais, o problema é conciliar, por meio de garantias idôneas, imparcialidade e capacidade técnica, livre convencimento e motivação, independência e sujeição à lei. Em segundo lugar, hoje estão totalmente mudadas, em comparação com a idade liberal clássica, as formas da investidura “popular” e da mediação representativa. O problema, conseqüentemente, é se os mesmos requisitos pessoais dos juízes indicados pela tradição liberal clássica, e em particular a autonomia do Poder Executivo, são melhor garantidos pela seleção por via eletiva ou por concurso público. São portanto esses requisitos que devemos agora redefinir antes de analisar o sistema das garantias orgânicas e dos métodos de seleção do juiz mais idôneos a assegurá-los.

2. Os caracteres que distinguem a jurisdição e a imparcialidade do juiz. Sujeição à lei e contrapoder

Na primeira parte deste livro, e particularmente no capítulo 3, caracterizei a atividade jurisdicional, segundo o modelo axiológico *SG*, como um atividade cognitiva que inclui momentos de decisão e valoração, em parte comuns a todas as atividades cognitivas e em parte próprios daquela específica atividade investigativa que é o juízo penal. E defini o Poder Judiciário como o conjunto dos espaços decisórios – a interpretação das leis, a indução probatória, a conotação eqüitativa e os juízos de valor discricionários – reservados mais ou menos irredutivelmente à atividade do juiz. Sobre essa base identifiquei o *grau de garantismo* de um sistema penal com o conjunto dos vínculos normativos que minimizam tais espaços e que dependem essencialmente da semântica das linguagens legal e jurisdicional. Estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição, embora representem modelos limite e regulativos mais plenamente realizáveis, foram assumidos por conseguinte como as características fundamentais de todo sistema garantista penal dentro de um “Estado de direito”.

Essas características – podemos acrescentar agora – servem para distinguir a atividade judiciária de qualquer outra forma de atividade jurídica, seja pública ou privada, sob dois aspectos, um estrutural e outro funcional. Em primeiro lugar só a jurisdição consiste na aplicação de leis a (ou na qualificação legal de) fatos jurídicos. Também as outras atividades jurídicas – as negociais, legislativas e administrativas – são atividades juridicamente reguladas, que em sentido lato aplicam a lei. Mas as leis por elas aplicadas só pre-determinam suas *formas* procedimentais ou organizacionais – os procedimentos, as competências, e até mesmo as relações de dever e poder entre os sujeitos a elas legitimados –, mas não também a *substância* das decisões produzidas. A jurisdição, ao invés, dentro do sistema de estrita legalidade *SG*, é uma *aplicação* da lei para uma *hipótese legal*, no sentido de que é necessariamente mediada pela comissão de um fato a respeito do qual existe caráter cognitivo.¹⁶⁸ e isso comporta uma estrutura do raciocínio judiciário – ainda que com todos os limites conexos ao silogismo prático e o conceito de verdade processual – totalmente diversa da estrutura de qualquer outro raciocínio jurídico. Para nos expressarmos em terminologia kelseniana, diremos que na jurisdição a relação entre lei e sentença não é só nomodinâmica, mas também – ainda que tendentemente e axiologicamente –

nomostática: no duplo sentido de que a pronúncia judiciária não é apenas *delegada*, mas também *derivada* da previsão legal, que forma uma das premissas do raciocínio que se conclui na sua aplicação; e que a sua *validade* é condicionada pela *verdade*, ainda que aproximativa, da sua motivação. Também podemos expressar essa diferença, à luz do que foi dito no parágrafo 28, afirmando que enquanto as outras formas de atividade pública são submetidas ao princípio de *mera legalidade*, só a jurisdição penal está sujeita ao princípio de *estrita legalidade* que vincula o juiz à verdade de seus pronunciamentos, ou à validade substancial das mesmas além da formal.

Em segundo lugar, e conseqüentemente, a atividade judicial, ao lado de todas as atividades de cognição, não é finalizada com a satisfação de interesses pré-constituídos. Os outros órgãos do Estado – as instituições legislativas, o governo, os entes públicos, a administração pública – ainda que operando sob as formas e limites estabelecidos pelas leis, fixam ou executam, de acordo com sua colocação institucional e com os seus espaços de autonomia, orientações e finalidades políticas mais ou menos contingentes. Discricionariedade e/ou dependência, autonomia e/ou subordinação hierárquica, poder de orientação e/ou obediência às diretivas dadas, caracterizam, portanto, todas as suas atividades, por vezes informadas pelo desejo da maioria, ou pelo interesse da administração pública. Os juízes, ao contrário, não procuram um interesse pré-judicial, mas só a aproximação do verdadeiro nas únicas causas às vezes julgadas, após um contraditório entre sujeitos portadores de interesses em conflito. Não só por razões estruturais, mas também por razões funcionais, enquanto a atividade administrativa é discricionária ou subordinada a diretivas superiores, a atividade jurisdicional é privada substancialmente de orientações políticas porque substancialmente, mais que formalmente, também vinculada à lei.

A *sujeição somente à lei*, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação – *externa* para os sujeitos em causa e para o sistema político, e *estranha* aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da *imparcialidade*, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivo e legislativo que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.

Chamarei *equidistância*^{NT2} ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; *independência* à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; *naturalidade* à determinação^{NT3} de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem *garantias orgânicas* que consistem do mesmo modo em *separações*: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um

do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

Esse conjunto de condições – orgânicas e culturais – definem a figura do juiz tal como exigida pelo princípio de submissão à jurisdição. E determinam, ademais, uma posição política específica tanto dos juízes enquanto indivíduos como da classe judiciária em sua complexidade. O juiz não é propriamente um órgão do Estado-aparato, mas exerce as suas funções, como diz o art. 101 da Constituição italiana, diretamente “em nome do povo”. E o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um *contrapoder*, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.¹⁶⁹ Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo”.¹⁷⁰ E essa função de “obstáculo” ou “freio” pode ser desenvolvida pelo Poder Judiciário – distanciado, além de terceiro poder – precisamente porque ele não é representativo, mas sujeito somente à lei e obrigado a buscar o verdadeiro, quaisquer que sejam os sujeitos julgados e os contingentes interesses dominantes. Nesse sentido a função judiciária é uma “garantia” de todos os cidadãos *contra* o mesmo governo representativo: “os poderes que este deixa em mãos não diretamente responsáveis pelo povo”, afirmou outro clássico pensador liberal, John Stuart Mill, “podem ser considerados como precauções que o poder dominante quer sejam tomadas contra seus próprios erros”.¹⁷¹

3. A equidistância do juiz e a forma trigonal da relação processual. A possibilidade de recusa dos juízes. O defensor público

A separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma A8 e agora indicada como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas *partes* em causa e um terceiro *super partes*: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa –, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal. “Para dirimir uma controvérsia”, escreveu Hobbes, “acontece de uma e outra parte se submeterem ao juízo de uma terceira pessoa”.¹⁷²

Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha qualquer interesse *privado* ou *pessoal* na solução da causa: “ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa”, e portanto – são ainda palavras de Hobbes – “não pode ser juiz

a pessoa à qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra”.¹⁷³ Para garantir essa indiferença ou desinteresse pessoal em relação aos interesses em conflito é necessária a possibilidade de *recusa* do juiz por qualquer das partes interessadas. E essa recusa, se por parte da acusação pública deve ser vinculada aos motivos previstos pela lei, por parte do imputado deve ser, ao contrário, o mais livre possível.¹⁷⁴ O juiz, foi dito no parágrafo 37.5, se não deve gozar do consenso da maioria, tem no entanto de desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo ou, seja como for, não imparcial.

A aceitação dos juízes pelos réus sempre foi, ademais, um traço característico do processo acusatório: em Roma, onde os juízes eram sorteados e recusados livremente pelas partes, contanto que se mantivesse o número prescrito, de modo que Cícero podia afirmar que “neminem voluerunt maiores nostri... esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset”,¹⁷⁵ no antigo processo acusatório inglês, em que igualmente era permitida ao réu a recusa *peremptória*, isto é, desmotivada, de vinte dos jurados sorteados;¹⁷⁶ na breve experiência acusatória ocorrida durante a Revolução Francesa, quando foi permitido às partes recusar um dos juízes sem motivos e todos os demais mediante motivos fundamentados.¹⁷⁷ E foi reivindicada, contra a introdução da recusa desmotivada no processo inquisitório e depois no processo misto,¹⁷⁸ tanto por Montesquieu¹⁷⁹ como pela maior parte dos criminalistas da Escola Clássica italiana: de Beccaria a Filangieri e Pagano, até Carrara, Lucchini e Pessina.¹⁸⁰ Todos eles limitaram a livre recusa apenas aos juízes populares, excluindo-a para os juízes togados.¹⁸¹ Mas essa limitação, ao menos no direito penal, é no meu entender completamente injustificada: o fato de que os juízes togados não são “iguais” ao acusado e que é mais difícil provar sua suspeita parcialidade é na realidade motivo bastante para que ao acusado seja concedido recusar livremente algum deles – digamos um para cada grau de juízo – e motivadamente os outros.

Em segundo lugar, é necessário, para que seja garantida a imparcialidade do juiz, que este não tenha de modo algum qualquer interesse na causa, seja *público* ou *institucional*. Em particular, é necessário que ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigualmente, no misto. Só desse modo o processo pode preservar caráter “cognitivo” ou, como diz Beccaria, “informativo”, e não se degenerar em “processo ofensivo” em que “o juiz se torna inimigo do réu”.¹⁸² Não basta, todavia, para assegurar a separação entre juiz e acusação, que no processo as funções acusatórias sejam exercidas por um sujeito diverso e distinto do juiz. Salvo a hipótese aberrante do processo perante o pretor, essa separação se realizava formalmente até mesmo em nosso velho processo misto. São necessárias também garantias procedimentais específicas – relativas à condução da fase instrutória, à publicidade do juízo, às modalidades do interrogatório e em geral às técnicas de formação e contestação das provas – das quais falarei no próximo parágrafo. E faltam ulteriores garantias orgânicas. É necessário, antes de tudo, que a função judicial não seja minimamente contaminada pela promiscuidade entre os juízes e os órgãos de polícia, sendo que estes últimos devem ter relações – de dependência – unicamente com a acusação pública: “foi uma circunstância que se observou nos ordenamentos das nações”, escreveu Carrara, “que em governos despóticos a função de polícia tenha se amalgamado com o direito penal; e zelosamente tenha se separado por meio de livres re-

teórica como historicamente, à confirmação, de um lado, do princípio de estrita legalidade e da natureza cognitiva da jurisdição e, de outro, dos direitos naturais ou fundamentais da pessoa. Se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz tanto quanto seu distanciamento, em ~~garantia~~ da imparcialidade e, portanto, da igualdade dos cidadãos. Por outro lado, se o juízo é voltado a impedir arbítrios ou abusos potestativos sobre as liberdades individuais por parte dos poderes de governo, a independência dos ~~juizes~~ garante uma justiça não subordinada à razão de Estado ou a interesses políticos contingentes. Os fundamentos externos ou políticos da independência são em suma os mesmos – verdade e liberdade – que legitimam a jurisdição. E exigem que a independência da função judiciária seja assegurada tanto à magistratura enquanto classe, nos confrontos de poderes *externos* a ela e em particular do Poder Executivo, como ao magistrado enquanto indivíduo, nos confrontos de poderes hierárquicos *internos* à classe de algum modo aptos a influenciar a autonomia de julgamento. O mesmo se diz para a acusação pública, por sua vez vinculada, em nosso modelo garantista, à legalidade e, portanto, à obrigatoriedade da ação penal e por isso não subserviente a poderes ou interesses estranhos à administração da justiça.

Por vezes se desejou identificar a primeira formulação dos princípios de independência e de separação dos poderes em um trecho da *Política* de Aristóteles, em que são tecidos elogios à limitação e separação do poder real entre mais autoridades.¹⁸⁸ Uma divisão dos poderes, segundo o esquema de contrapesos, foi por outro lado divisada na pluralidade das magistraturas e na instituição dos jurados na Roma republicana.¹⁸⁹ Na realidade, aos ordenamentos da Antiguidade nem mesmo cabe o problema da independência dos juizes: ou porque neles o Poder Judiciário é identificado com o poder soberano, ou, ao contrário, porque, como ocorre no primeiro processo acusatório grego ou romano, o juiz é popular e colegiado. O problema nasce, propriamente, dentro da experiência dos juizes-magistrados ou permanentes, própria do direito europeu da Idade Média Central.

Dentro dessa experiência, a figura do juiz moderno vai se formando por força de dois processos paralelos: a progressiva diferenciação, graças ao fenômeno da delegação das funções judiciárias, entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, e a correlativa autonomização das funções delegadas pela autoridade como funções “iure proprio”.¹⁹⁰ Inicialmente e por longo tempo, na ideologia medieval, a *iurisdictio* foi concebida como expressão da função soberana, como tal distinta em poder *ordinário*, pertencente “iure proprio” ou “ex nativo nomine” à suprema autoridade do papa ou do imperador, e poder *delegado*, exercido “alterius commissione” ou “ex dativo nomine” pelos juizes por eles delegados.¹⁹¹ “Iudices ordinarii” ou “iure proprio”, nesta acepção, foram de início somente o papa e o imperador, enquanto todos os outros eram “iudices delegati” ou “missi” ou “legati”.¹⁹² Sucessivamente, sem que na teoria fosse jamais negada a “plenissima iurisdictio” do papa e do imperador, veio se desenvolvendo um processo primeiramente de feudalização da justiça e depois de apropriação da mesma pelos *Comuni*; de modo que, por concessão ou por usurpação, senhores feudais, bispos e autoridades municipais começaram a exercer “iure proprio” as funções originalmente delegadas, e a delegá-las, a sua vez, por um processo muito semelhante àquele do qual havia derivado seus poderes, a seus “officiales” ou “delegati”.¹⁹³ Por fim, começou a ser discutido se a “iurisdictio plena” competia somente ao imperador e a seus delegados imediatos ou se também àqueles magistrados, por sua vez conver-

tidos em “iudices ordinario”, sobretudo nas comunidades onde normalmente eram chamados de fora para sua competência profissional.¹⁹⁴ Todas as inumeráveis jurisdições desenvolvidas no direito medieval têm, em suma, uma origem delegada; e as expressões “iudex delegatus” e “iudex ordinarius” teriam por muito tempo um significado relativo ao momento de formação e também de estabilização de toda jurisdição.

Os termos da questão modificam-se um pouco com a formação dos Estados nacionais. A velha distinção sobrevive longamente: “duplex est iudicis species; alius enim dicitur ordinarius, alius vero delegatus”, escreve o cardeal De Luca ainda no século XVII.¹⁹⁵ Todavia, mudam as autoridades supremas, que, se para o italiano Sciacca ainda restam o papa e o imperador “a quibus iurisdictionis profluit et refluit, rivuli ad mare”,¹⁹⁶ na Inglaterra e na França são substituídas pelo rei, de acordo com a máxima de Henry Bracton que o qualifica de “fons iustitiae”¹⁹⁷ e que é recebida pela fórmula francesa “toute justice émane du roi”.¹⁹⁸ Mas acima de tudo é definitivamente firmada a distinção entre “iurisdiction” e “gubernaculum”, já que se começou a negar aos príncipes a qualificação de “iudices” e a chamá-los, ao invés, de “domini”.¹⁹⁹ É nesse ponto que pode-se colocar o nascimento do juiz moderno. Ofuscada a noção medieval de “iurisdiction” como poder soberano, a soberania se identificou sobretudo nos Poderes Legislativo e Executivo; e a jurisdição, enquanto se subordina à legislação, ao mesmo tempo dela se diferencia e adquire autonomia, especializando-se e separando-se também das funções de governo, graças aos crescentes tecnicismo e profissionalismo.

O problema da independência se manifesta precisamente nessa fase. Em toda Europa, e particularmente na França e na Inglaterra, os velhos juízes delegados acabaram substituindo os velhos titulares: como em 1720 em Paris, onde ao *prévôt* foi negado por seus suplentes o direito de sentarem em seu tribunal.²⁰⁰ E até mesmo o rei, sempre reconhecido como “fons iustitiae”, viu negada, com a qualificação de “iudex”, também o concreto poder “iuris dicundi”. Foram memoráveis os conflitos que nos séculos XVII e XVIII opuseram juízes e rei na Inglaterra e na França. Em 1612, o grande jurista Sir Edward Coke, *Chief Justice da Court of Common Pleas*, sustentou à presença de Jaime I que este, exatamente porque era “fons iustitiae”, não tinha o poder de julgar em concreto como ele pretendia em nome da mesma qualificação.²⁰¹ E a mesma tese, como narra Montesquieu, foi sustentada em 1639 pelo Presidente do Parlamento de Paris, Nicolas Bellièvre, contra Luís XIII, que desejava julgar o duque de Valette pessoalmente por uma acusação movida por Richelieu.²⁰² Sobretudo na França, onde a independência dos juízes teve como sólido fundamento material a venalidade dos ofícios,²⁰³ o conflito assumiu formas de rebelião aberta: recorde-se a greve, o exílio em massa e, subsequente, a anistia e o restabelecimento de todo Parlamento parisiense, em 1732, em resposta às contínuas desconfianças de Luís XV, que cada vez mais freqüentemente se via constrangido a fazer valer suas prerrogativas recorrendo às “lettres de jussion” ou tomando lugar no Parlamento através de seu “lit de justice”.²⁰⁴ Exatamente por causa desses conflitos, de resto, o rei tentou na França reapropriar-se da jurisdição por formas de “justice retenue”, mais uma vez expressa, não só mediante intervenções pessoais e diretas,²⁰⁵ mas através de comissariados delegados destinados a afastar as magistraturas permanentes.²⁰⁶ A expressão *iudex delegatus* passou desse modo a designar o juiz “especial” ou “extraordinário”, encarregado pelo rei de determinados atos do processo ou de processos e assuntos particulares. E a antiga relação entre “ordinários” e “delegados” se inverteu, no sentido de que o “juiz ordinário” tornou-se sinônimo

do hodierno “juiz natural”, estável e legalmente investido nas funções judiciais, enquanto “juiz delegado” tornou-se sinônimo de “comissário” do rei, encarregado excepcionalmente de processos determinados.

Foi a partir desse lento e trabalhoso processo de autonomia que o pensamento jurídico iluminista teorizou a independência dos juízes dentro da doutrina da separação dos poderes: primeiro, na formulação de Locke, como técnica de divisão do Poder dito “Executivo” – e abrangente do Poder Judiciário – do Poder Legislativo, de forma a garantir a imparcialidade de ambos e acima de tudo prevenir suas inevitáveis tentações totalitárias;²⁰⁷ depois, na mais clássica versão de Montesquieu, como teoria da separação do Poder Judiciário não apenas do Poder Legislativo, mas também do Executivo, em garantia da sua sujeição às leis preestabelecidas e em tutela dos direitos dos cidadãos contra a opressão política.²⁰⁸ “Tudo estaria perdido”, exclama Montesquieu, “se uma única pessoa ou um único corpo de notáveis, de nobres ou de populares exercitasse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir os delitos”, dado que “se fosse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e sobre a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria o legislador. E se fosse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.²⁰⁹ E Beccaria, explicitando ainda melhor o nexo entre independência, tutela dos direitos do acusado e verdade processual, acrescenta: “O soberano, que representa a sociedade mesma, não pode formular senão leis gerais que obriguem todos os membros, mas já não pode julgar que alguém tenha violado o contrato social, uma vez que então a nação estaria dividida em duas partes, uma representada pelo soberano, que declara a violação do contrato, e outra pelo acusado que a nega. É, portanto, necessário que um terceiro julgue a verdade do fato. Daí a necessidade de um magistrado, cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam em meras confirmações ou negações de fatos particulares”.²¹⁰

Desse modo a diferenciação entre poderes recebia como fundamento não só o mais salutar princípio aristotélico de que o poder é tanto menos despótico quanto mais é dividido, mas também a diversidade e especificidade das fontes de legitimação política do Poder Judiciário em relação aos outros poderes do Estado. E a independência da magistratura vinha a configurar-se como uma garantia funcional dos direitos aos cidadãos porque essencial para sua tutela contra todos os poderes, sejam eles públicos ou privados, políticos ou econômicos, oligárquicos ou de maioria. É nesse sentido que a separação dos poderes e a independência dos juízes são ratificadas solenemente nas declarações de direitos setecentistas. “Os Poderes Legislativo e Executivo do Estado devem ser separados e distintos do Poder Judiciário”, estabelece o art. 5 da Constituição da Virgínia; “a sociedade na qual a garantia dos direitos dos cidadãos não é assegurada, nem é determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”, declara o art. 16 da Declaração francesa de 1789. Desde então o princípio da independência dos juízes será sempre proclamado em todos os estatutos e Constituições européias, tornando-se um alicerce do Estado de direito. E será válido para fundar a moderna organização unitária e separada da ordem judiciária, segundo o modelo esboçado por Bentham da unidade da jurisdição e da universalidade das competências.²¹¹

O princípio, não obstante, à parte a breve experiência do Júri e dos juízes eleitos na França revolucionária, tornou-se durante todo o século passado pouco mais que uma proclamação ideológica. Repudiado expressamente por Hegel,²¹² ele conviveu ambigualmente nas Cartas constitucionais oitocentistas – nas francesas de 1814 e de 1830 e no Estatuto

albertino de 1848 – com o velho princípio do *Ancien Régime*, segundo o qual “toute justice émane du roi”. Na França, em particular, afirmou-se desde a Lei napoleônica de 20 de abril de 1810, e se manteve até hoje a regra da nomeação dos juízes pelo Executivo e sua significativa dependência do Ministro da Justiça.²¹³ E esse modelo burocrático e hierarquizado foi recebido também no resto da Europa, compreendida a Itália, onde ainda foi temperado, desde 1859, pela seleção dos juízes mediante concurso público. O resultado foi a transformação da magistratura em um corpo de funcionários cuja independência, não obstante a garantia de inamovibilidade, permaneceu um simulacro em virtude dos poderes que de um lado as hierarquias internas e de outro o Ministro através dos Ministérios Públicos possuíam sobre suas carreiras.²¹⁴

Uma substancial independência dos juízes é alcançada – sobretudo na Itália – somente no segundo pós-guerra e, particularmente, depois dos anos sessenta. Muda primeiramente, com o art. 101 da Constituição de 1948, o sujeito em nome do qual é exercido o Poder Judiciário: não mais o rei, mas o *povo*, do qual imediatamente e sem mediações representativas a função judicial obtém legitimação.²¹⁵ A magistratura é além disso reconhecida pelo art. 104 da Constituição como “uma ordem autônoma e independente de qualquer outro poder”, cujo *autogoverno* é confiado a um Conselho Superior da Magistratura, eleito por dois terços dos juízes e por um terço do Parlamento e concretamente instituído em 1956. À clássica garantia da *inamovibilidade*, prevista pelo art. 107, par. 1.º, é acrescentada pelo art. 106 a da seleção dos juízes por concurso, ressalvada “a nomeação também eletiva de magistrados honorários” limitadamente às funções monocráticas. Finalmente, foi suprimida por uma série de leis emanada entre os anos sessenta e setenta, toda forma de carreira e hierarquia entre magistrados.²¹⁶

Naturalmente, dado que a independência é um fato cultural antes que institucional, a autonomia da magistratura como poder independente veio amadurecendo por meio de um lento processo, trabalhoso e não inconteste. Ainda pelos anos cinquenta e sessenta os aspectos de continuidade relativos à tradição pré-republicana certamente prevaleceram.²¹⁷ Só nos últimos vinte anos a magistratura italiana desenvolveu – mesmo entre as muitas deturpações devidas às várias carências e fraquezas das garantias processuais – um costume de relativa independência que, pela primeira vez em sua história, colocou-a em conflito com as diferentes forças (*potentati*) de nosso sistema econômico e político, formando pelo menos em parte aquele contrapoder que havia sido teorizado pelo pensamento liberal clássico.

Os fatores desse processo, desenvolvido em parte também na França e na Espanha, foram múltiplos e variados: a renovação da classe judiciária por uma nova geração, não mais obstada por filtros políticos;²¹⁸ a vivacidade intelectual e política das associações de categoria; a politização, em sintonia com os movimentos dos anos sessenta, de uma parte da magistratura, ainda que minoritária; as lutas por ela empreendidas contra os velhos centros de poder, internos e externos à classe, e o forte empenho coletivo que ela teve na reflexão sobre o papel independente da jurisdição.²¹⁹ Infelizmente, essa emancipação ocorreu simultaneamente a um aumento dos já enormes poderes impróprios conferidos aos juízes pela lei, e por outro lado a uma perda ulterior de distanciamento, isto é, da primeira de nossas garantias orgânicas. E foi enfim ofuscada, como será visto na quarta parte, pela crise de legitimidade da jurisdição resultante do enfraquecimento do inteiro sistema de garantias penais e processuais.

5. O juiz natural e a proibição de juízes extraordinários. Pré-constituição e impossibilidade de derrogação das competências

O nascimento do juiz moderno, como já foi dito, pode ser situado no momento em que se inverte a relação entre os velhos juízes ordinários ou delegantes e os velhos juízes delegados, quando estes últimos reivindicam, em nome da estabilidade de fato das suas funções, também a titularidade formal e exclusiva do poder jurisdicional. Esse fenômeno marca também a primeira afirmação do princípio do “juiz natural”, isto é, da terceira garantia orgânica acima identificada. Quando Sir Edward Coke negou a Jaime I a concreta *potestas iuris dicundi*, e os juízes franceses fizeram o mesmo com o rei da França, ou impediram o pároco de Paris de tomar o lugar em seu tribunal, eles expressaram não só uma moção de independência em relação à autoridade delegante, mas também um protesto contra a lesão dos valores de imparcialidade e certeza do juiz produzida por alterações *post factum* da ordem normal das competências, possivelmente interessadas no mérito do juízo.

A garantia do “juiz natural” indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei, entendido por competência o “limite da jurisdição” de que qualquer juiz é titular.²²⁰ Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais.²²¹ No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1.º, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1.º, da Constituição, mas derogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos.

Em todos os três sentidos ora ilustrados, a garantia do juiz natural, não diversamente da de independência, é uma conquista moderna. Resultou de fato infrutífera a tentativa de reverter suas origens à *Magna Charta*, pois esta, em seus arts. 20, 21, 39, 52 e 56, limita-se a estabelecer que para a condenação de qualquer cidadão é necessário um “*legale iudicium parium suorum*”, em que a condição de que os jurados sejam “pares”, ou “homens probos da vizinhança”, indica apenas uma qualidade dos juízes, e, no máximo, um critério de competência territorial, mas não tem nada que ver com a proibição da instituição do juiz *post factum*.²²² Essa proibição se afirma só no século XVII, contemporaneamente às primeiras manifestações de independência e aos conflitos já mencionados entre juízes e soberanos. Polemizando com os abusos da justiça comissarial, os pontos 3, 7, 8 e 9 da *Petition of Rights* de 1628, e ainda o art. 3 do *Bill of Rights* de 1689, reivindicam pela primeira vez a não derrogação da “justiça ordinária” e, com isto, a nulidade de qualquer “comissão” ou “comissário real” instituído *post factum*, por causa de seu caráter “ilegal e pernicioso”.²²³

A formulação mais madura do princípio se deve ao pensamento iluminista francês do século XVIII e às declarações revolucionárias de direitos. Contra os juízes “comissários nomeados” pelo rei para “julgar um cidadão” pronunciou-se obviamente Montesquieu.²²⁴ E em 1766 a expressão “juiz natural” teve seu primeiro surgimento na palavra “*Juge (Jurispr.)*” da *Encyclopédie*, para designar precisamente, em oposição aos juízes comissários ou extraordinários, o “juiz ordinário” dotado de competências legalmente estabelecidas e não instituído depois da ocorrência do fato.²²⁵ Mas, acima de tudo, o princípio foi ratificado, em todos os sentidos já expostos, pelo art. 4, cap. V, tit. III, da Constituição Francesa de 1791, por força da qual “os cidadãos não podem ser destituídos dos juízes que a lei lhes confere, por qualquer incumbência ou outras atribuições e avocações, salvo aquelas que as leis determinaram”.²²⁶ Essa norma contém, de fato, em apoio à reserva absoluta da lei na pré-constituição das competências, todas as três proibições correspondentes às três garantias com as quais articulamos acima o princípio do juiz natural: a proibição de *comissão*, isto é, instituições *post factum* de juízes extraordinários ou comissários estranhos à ordem judiciária; a proibição de *avocação* de atribuição discricionária *post factum* dos processos a órgãos pertencentes à classe judiciária, mas diferentes daqueles determinados pela lei; a proibição de *atribuição*, isto é, instituição de juízes especiais não para um determinado fato, mas para matérias especiais, e, portanto, a supressão, em nome da unidade da jurisdição e da “competência universal de todo tribunal”, do intrincado “labirinto” de foros e competências que tinham caracterizado a justiça do *Ancien Régime*.²²⁷

Nas Constituições francesas posteriores à de 1791 o princípio sofre um progressivo enfraquecimento. O art. 204 da Constituição de 22 agosto de 1795 de fato prevê as proibições de comissão e de atribuição, mas não a de avocação.²²⁸ E os arts. 61 e 62 da Carta constitucional de 4 de junho de 1814, como de resto o art. 53 da Constituição de 1830 e o art. 4 da Constituição de 1848, prevêem só a proibição de comissão, ou seja, a instituição de juízes extraordinários, deixando de lado as vedações tanto de avocação como de atribuição ou de instituição de juízes especiais.²²⁹ Desse modo, reduzido exclusivamente à proibição de instituição de juízes extraordinários *post factum*, o princípio penetra nas Constituições da Bélgica, nas dos Estados pré-unitários italianos e finalmente no Estatuto albertino,²³⁰ não conseguindo assim impedir a introdução em nosso país, durante o fascismo, do “tribunal especial para a defesa do estado”.²³¹ Foi seguramente por causa desse famigerado precedente que o art. 102, par. 2.º, da Constituição republicana somará à vedação de juízes extraordinários *post factum* também a de “juízes especiais”. Mas não explicitará tão claramente a proibição de avocação, eludida pelo exercício discricionário do poder de distribuição dos assuntos por parte dos chefes dos órgãos judiciários, só em parte moderado pela adoção – inicialmente, e na prática, em muitas Cortes, e, posteriormente, de forma geral com base no art. 4 das novas normas sobre a adequação da ordem judiciária destinadas a vigorar com o novo código de processo – de “critérios objetivos e predeterminados indicados geralmente pelo Conselho Superior da Magistratura e aprovados contextualmente para as tabelas dos ofícios”.

O princípio do juiz natural impõe, ao contrário, que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas; e exige além disso que tal pré-constituição se refira também aos órgãos do Ministério Público, de forma que nem mesmo as funções de acusação sejam manobradas ou de qualquer modo condicionadas por ór-

gãos estranhos ao processo. Diria antes que, ultrapassado totalmente o poder de comissão no qual se manifestava no passado a ingerência real na administração da justiça, o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de advocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem.²³²

Quanto à natureza dos critérios predeterminados – que é questão certamente secundária em relação à de sua pré-constituição legal –, parece evidente que enquanto os critérios de competência de cada magistrado singularmente, sendo voltados unicamente a permitir a distribuição automática dos processos, devem ser puramente *formais* (sorteio, ordem alfabética, sucessão cronológica das causas e outros), os critérios de competência dos órgãos, sendo justificados pelo objeto do juízo, têm um caráter bem mais *substancial*. Faltando as discriminações pré-modernas dos foros com base nas condições pessoais dos jurisdicionados, esses critérios substanciais são hoje de dois tipos: intrínsecos ou por matéria e extrínsecos ou por território.

O critério da *matéria*, se é inevitável e certo quando discrimina grandes divisões disciplinares – civil, penal, ou ainda comercial, falimentar e outras –, é mais injustificado e incerto quando diferencia competências com base na gravidade dos delitos ou com base na quantidade de pena: de fato, uma tal diferenciação, enquanto arrisca favorecer a formação de hierarquias impróprias entre os órgãos judiciários e os juízes que os compõem, pode, com base em sua natureza de discussão, permitir à acusação escolher o juiz competente aumentando ou atenuando as imputações. Bem mais justificado é o critério do *território*, que na Idade Média oscilou longamente entre a referência ao lugar do domicílio ou da cidadania do réu e ao lugar onde fora cometido o delito, posteriormente preponderante:²³³ “julgar os fatos no lugar onde eles surgem”, afirma o parágrafo 18 da Constituição de Maryland de 1776, “representa uma das maiores garantias da vida, da liberdade e da propriedade do povo”; e a idéia de que os juízes deveriam ser escolhidos entre “os homens da vizinhança” e que o julgamento ocorra “no país” do imputado forma desde a *Magna Charta* um dos princípios mais arraigados e resistentes da tradição processual anglo-saxã.²³⁴ Obviamente, na hodierna sociedade das comunicações de massa e da sobrecarga de informação, o valor garantista desse princípio atenuou-se fortemente. Mas é indubitável, em matéria de competência, a maior objetividade do critério territorial em relação a qualquer outro.

6. Modelos de responsabilidade judiciária e modelos de juiz: juízes eleitos, profissionais, concursados. A responsabilidade política

Distanciamento, independência e cidadania se por um lado são condições indispensáveis da sujeição dos juízes *somente* à lei, tornam por outro lado particularmente difícil e problemática a individualização de formas apropriadas de responsabilidade pelos desvios de tal *sujeição*. Encontramo-nos aqui frente a uma aporia em torno da qual se tem longamente fatigado a reflexão jurídica e política. Existe de um lado um nexo indissolúvel entre sujeição à lei, independência e responsabilidade dos juízes, já que seria um paradoxo que a independência dos magistrados, justificada unicamente pelo fato de que a sua

função é “sujeita somente à lei”, não comportasse como corolário a mais rigorosa responsabilidade pelas violações das leis a que estão subordinados. Por outro lado, toda forma de responsabilidade pela ausência de sujeição à lei parece aludir a alguma forma de fiscalização sobre o mérito da função judicial, e, portanto, a alguma forma de dependência nos confrontos dos órgãos chamados a exercitá-la. É o clássico problema posto pela pergunta de Juvenal: “quis custodiet custodes?”²³⁵ agravado pelo caráter funcional que nesse caso tem a independência dos “custodes”.

Há, ainda, uma segunda aporia, conexas à primeira, mas de caráter mais propriamente epistemológico. Um problema de responsabilidade pelos desvios do Poder Judiciário se configura exatamente na medida em que decresce o índice de garantismo do sistema: no sistema ideal SG, como se viu no capítulo 3, os espaços de ação do juiz abertos ao desvio são unicamente aqueles conexos aos poderes de denotação jurídica, de verificação fatural e de conotação equitativa; nos outros sistemas, ao invés, existe ainda um poder mais ou menos amplo de disposição. Podemos chamar *garantias fortes* as garantias do nosso sistema SG que comportam diretamente a nulidade dos desvios, a minimização da discricionariedade dos poderes de investigação e a supressão dos poderes de disposição impróprios, cujo exercício é fonte inevitável de abusos: como o poder de prender o imputado, o segredo instrutório desmotivado e por tempo indeterminado, as transações com o imputado e todos os outros mecanismos potestativos que como veremos afligem o nosso ordenamento processual. Chamarei, por outro lado, *garantias fracas* aquelas que prevêm a responsabilidade dos juízes sob forma de sanções aos desvios cometidos em prejuízo dos cidadãos e que são, obviamente, muito menos importantes que as fortes, seja porque estas evitam pela raiz os desvios, seja pela bem conhecida ineficácia de qualquer sistema de sanções voltado a fazer valer a responsabilidade de um órgão de poder. Ora, se é verdade que a necessidade de garantias fracas se manifesta sobretudo na ausência das fortes, é também verdade que só em presença das garantias fortes se podem fazer valer com sucesso as garantias fracas: pense-se na dificuldade de reconhecer um desvio ilícito no exercício de um qualquer poder discricionário e desviante – a avaliação dos graves indícios, da periculosidade do indiciado, do perigo de fuga pressuposto pela captura, ou os critérios de transação ou outros –, que em nosso país são legalmente inerentes ao Poder Judiciário. As garantias fracas, além de diferir da radicalidade e da eficácia das fortes, são em suma inúteis quando podem se fazer valer, e de difícil e às vezes impossível aplicação quando se lhes exige a necessidade.

Ainda que secundárias, ineficazes e insuficientes, também as garantias fracas de responsabilidade mediante sanções são todavia indispensáveis, diferentemente das garantias fortes, para vincular os juízes à submissão à lei e ao papel de garantidor dos direitos dos cidadãos. Mas quais são os tipos de responsabilidade que sem prejudicar a independência do juiz permitem um controle sobre seus desvios culpáveis? Podemos distinguir duas formas, historicamente concebidas e experimentadas ora como concorrentes, ora como alternativas: a responsabilidade *política*, que pode ocorrer *de cima para baixo*, se o juiz é eleito, ou *de baixo para cima*, se ele é nomeado por órgãos do poder político; e a responsabilidade *jurídica*, que pode ser *civil*, *penal*, ou *disciplinar*, conforme o caráter do ilícito, da sanção e dos procedimentos aplicados. Somarei ainda uma terceira forma de responsabilidade, que chamarei *social* e que se manifesta na transparência da atividade judiciária e na sua mais ampla sujeição à crítica e ao controle da opinião pública.

Percebe-se a importância, teórica e prática, do tipo ou dos tipos de responsabilidade identificados. Cada sistema de responsabilidade, na verdade, remete a modelos de juízes diversos: quanto às formas de seleção, quanto às fontes de legitimação política, quanto à posição institucional frente à sociedade e aos outros poderes do Estado. As opções mais importantes são indubitavelmente aquelas concernentes à *responsabilidade política*: se ela é admissível ou não e, caso seja, se deve valer prontamente nos conflitos do povo ou de outros sujeitos do sistema político. Trata-se, em outras palavras, da escolha entre *juiz eleito*, *juiz de nomeação política* e *juiz concursado*. Uma responsabilidade política do juiz perante os seus eleitores ou perante os órgãos que o nomearam é compatível com as fontes específicas de legitimação aqui atribuídas à jurisdição? E as sanções de não-reeleição ou de não-recondução podem ser consideradas satisfatoriamente eficazes? Por fim, quais dos três modelos de juiz se configura como o mais independente e menos integrado no sistema político?

O primeiro modelo – o do juiz eleito, responsável politicamente perante o eleitorado – encontra hoje realizações exemplares na eleição direta por sufrágio universal dos “juízes estatais” dos Estados Unidos. É claro que essa forma de responsabilidade está virtualmente em contraste com as particulares fontes de legitimação da jurisdição analisadas nos parágrafos 9, 10, 37 e 40.2. O juiz, diversamente dos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, não deve representar nem maiorias nem minorias. E o consenso do eleitorado não só é desnecessário, mas pode ser até mesmo perigoso para o correto exercício das suas funções de averiguação da verdade e de tutela dos direitos fundamentais das pessoas por ele julgadas. A sanção de não-reeleição por falta de confiança popular, em que deveria se manifestar a responsabilidade política está, conseqüentemente, em contraste com a submissão do juiz somente à lei, que impõe que ele decida contra as orientações da maioria ou ainda da totalidade de seus eleitores, caso estes se oponham às provas por ele aceitas e aos direitos confiados à sua tutela. De resto, a mesma experiência americana acabou abandonando em muitos *estados* [*states*] o sistema clássico da “partisan election” entre candidatos concorrentes, substituindo-o por sistemas “non partisan” voltados a reduzir a representatividade dos eleitos, a moderar a influência de forças políticas sobre eles e a valorizar, ao invés, seus dons de independência e de capacidade profissional.²³⁶

Em um país como a Itália, onde o monopólio da representação política é rigidamente detido por partidos, um tal sistema seria por demais inidôneo para uma efetiva responsabilização. Com efeito, os juízes eleitos seriam designados como candidatos das burocracias partidárias, vinculados de fato a sua confiança, não inamovíveis, mas revogáveis a cada turno eleitoral e, por fim – dado o papel dos partidos na formação tanto do Legislativo como do Executivo –, não independentes nem mesmo desses dois poderes e submetidos a carreiras e promoções não só dentro da classe judicial, mas, também, transversalmente, no sistema político como um todo. A mesma sanção de não-reeleição seria desse modo totalmente ilusória: reeleições, não-reeleições ou promoções responderiam efetivamente bem mais à lógica que preside as carreiras partidárias do que à avaliação do trabalho dos juízes.

Tudo isso vale com maior razão para a responsabilidade política indireta que caracteriza o segundo tipo de juiz supra-indicado: aquele nomeado por órgãos representativos do sistema político, sejam parlamentares ou governamentais, com base em uma relação de confiança política ou profissional. É o caso dos juízes ingleses: as altas magistraturas, como

o *Law Lords* e os juízes da *Court of Appeal*, nomeados pelo rei a partir de proposta do chefe do governo e destituíveis sob proposta do Parlamento; os juízes da *High Court* e os juízes *stipendiary*, nomeados pelo rei e igualmente destituíveis sob proposta do Lord Chancellor com base; os juízes de paz, nomeados e destituídos diretamente pelo Lord Chancellor baseado nas indicações dos conselhos locais.²³⁷ Mas é também o caso dos juízes federais americanos, nomeados pelo Presidente com o consenso do Senado, assim como ocorre com os juízes de quase todos os países da América Latina, que são nomeados, conjunta ou separadamente, pelas Câmaras e pelo Presidente.²³⁸ É claro que em todos esses casos a integração no sistema político e a lesão ao princípio da divisão dos poderes são ainda mais manifestas que no sistema do juiz eleito. E quando qualquer responsabilidade não esteja totalmente excluída, como no caso dos juízes federais dos Estados Unidos nomeados vitalícios, ela se resolve com uma subordinação dos juízes ao Poder Executivo ou ainda às forças políticas dominantes. Obviamente, em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, dotados de fortes tradições liberais, essa subordinação é mitigada pelo respeito geral que circunda a função judiciária e pela forte consciência do papel que marca a figura do juiz. Mas também neles a independência do Poder Judiciário resulta fortemente comprometida por filtros políticos que excluem preventivamente o acesso à função a quantos não abracem os valores consolidados, das verdadeiras e próprias progressões ou promoções a que os juízes estão sujeitos, dos vínculos ideológicos e da solidariedade política e cultural que ligam os juízes à classe de governo.²³⁹

Resta o terceiro modelo, o do juiz nomeado por concurso. Injustamente, a meu parecer, ele foi indiscriminadamente rotulado de “burocrático”: tanto que como tal ele foi contraposto ao juiz inglês nomeado pelo Executivo, caracterizado ao contrário como “profissional”.²⁴⁰ Certamente a qualificação dos juízes como “funcionários” ou “burocratas” era plenamente justificada em nosso ordenamento pré-republicano e o é ainda hoje na França, onde efetivamente eles dependem – na seleção, na carreira e em todas as circunstâncias relacionadas a seu *status* – do Ministro da Justiça.²⁴¹ Mas é imerecida se referida aos juízes italianos de hoje, totalmente privados de responsabilidade política se comparados aos outros poderes do Estado²⁴² e, sobretudo, como se viu, assistidos pelas garantias de autogoverno, da inamovibilidade, da ausência de carreira e da proibição de controle sobre suas orientações políticas durante o concurso para a magistratura.²⁴³

A alternativa entre juízes eleitos e juízes concursados, além disso, se põe, hoje, em termos bastante diversos em comparação ao século passado, e coincide, só aparentemente, com aquela entre juízes-cidadãos e juízes magistrados ilustrada por Francesco Carrara. O que faz de um juiz-cidadão um juiz imparcial é a sua natural independência: externa, não fazendo ele parte do sistema político, e interna, não sendo ele um funcionário condicionado à carreira ou a vínculos de subordinação hierárquica. O que, ao contrário, faz de um juiz-magistrado um burocrata é exatamente o contrário: a sua integração no sistema dos poderes públicos e a sua pertinência a um aparato mais ou menos hierarquizado.

Se isso é verdade, torna-se difícil enxergar um cidadão simples em um juiz modelado pelas forças políticas dominantes e mais ou menos diretamente vinculado à confiança delas; e torna-se não menos difícil negar que um juiz nomeado por concurso e assistido por garantias apropriadas de independência é bem mais externo e estranho ao sistema político e mais “par” dos outros cidadãos do que o juiz de partido. À parte a impropriedade de uma legitimação majoritária da jurisdição, é de fato menos plausível a associação, outrora pa-

cífica, entre possuir um título universitário em ciência do direito e pertencer a estratos sociais dominantes.²⁴⁴ O concurso, na pior das hipóteses, se garantido com o anonimato dos candidatos e isento de qualquer filtro político sobre suas qualidades pessoais, se assemelha cada vez mais a uma forma de sorteio confiada não ao acaso, mas à seleção das competências.²⁴⁵ competências todavia não secundárias, dado que um conjunto não simples de conhecimentos técnicos é de fato requerido, contrariamente à utopia iluminista, para satisfazer aquela irrenunciável garantia de controle sobre os provimentos judiciais que, como veremos, é a motivação.

7. A responsabilidade jurídica dos juízes: penal, civil e disciplinar

Excluída a legitimidade de qualquer forma de responsabilidade política, o único tipo de responsabilidade institucional apropriada para as funções judiciais passa a ser, portanto, a responsabilidade jurídica: uma responsabilidade que, como se tem indicado, pode se fazer valer tanto mais fácil e eficazmente quanto maiores forem as garantias fortes próprias do SG, e mais claras forem as violações da lei, ou das obrigações e das proibições impostas ao juiz pelo que, no parágrafo 26.4, chamei de “incorporação limitativa”.

A responsabilidade jurídica, isto é, a sujeição do juiz a sanções jurídicas aplicadas mediante processo, se configurou da maneira mais diversa de acordo com as figuras múltiplas de juiz, que como se viu foram exibidas, no tempo e no espaço, pela experiência processual ocidental. Alessandro Giuliani e Nicola Picardi no entanto esboçaram uma diferença entre dois modelos fundamentais de responsabilidade, ao menos em parte correlativa àquela dos dois modelos de juiz – cidadãos ou magistrados – mais acima diferenciados: de um lado a responsabilidade *profissional* do juiz-cidadão ou, seja como for, independente do poder político; de outro a responsabilidade *disciplinar* do juiz-magistrado ou funcionário, delegado ou de algum modo ligado ao poder de governo.²⁴⁶ Com efeito, o árbitro da Grécia antiga, tal como proposto nas orações de Ésquines e Demóstenes e sobretudo nas teses aristotélicas, era sujeito a uma responsabilidade profissional não só pelas injustiças intencionais, mas também por aquelas cometidas com culpa ou negligência, em coerência com o ideal de igualdade entre juízes e jurisdicionados que informava democracia grega. O mesmo se diga do *iudex privatus* do direito romano honorário, que também respondia, segundo as regras da responsabilidade ordinária, seja penalmente “*si litem suam fecerit*”, seja civilmente, “*licet per imprudentiam*” em relação aos danos causados no exercício de suas funções. Finalmente, no direito estatutário comunal, em que os juízes eram estrangeiros chamados em virtude da competência profissional, vigorava igualmente, ao lado da responsabilidade penal, uma responsabilidade judiciária por culpa, “*licet per imperitiam*”, totalmente idêntica à responsabilidade comum a que os médicos ou os arquitetos se submetiam.²⁴⁷ Essa responsabilidade profissional, afirmam Giuliani e Picardi, desaparece na Idade Moderna em conexão com dois fenômenos: o nascimento das monarquias absolutas e o desenvolvimento do *jusnaturalismo* racionalista, os quais marcam, um no plano institucional e o outro no terreno filosófico, a afirmação do primado da legislação estatal e, correlativamente, da subordinação do juiz à lei. Desse modo, à velha responsabilidade judicial, segundo as normas de direito comum, sucede o princípio da irresponsabilidade dos magistrados, tal como refletido primeiro pelo princípio da irresponsabilidade real e depois pelo da irresponsabilidade do Legislativo. E esse modelo acaba também por prevalecer também no hodierno Estado de direito, em que a principal forma de responsabilidade

de se torna aquela “disciplinar”, enquanto a responsabilidade civil, segundo uma fórmula que remonta ao Código napoleônico de 1806 e reutilizada por toda a experiência continental, é limitada somente aos casos de “dolo, fraude ou concussão”, que integram normalmente também casos de responsabilidade penal.

Ainda que sugestiva, essa contraposição entre responsabilidade profissional e responsabilidade disciplinar não me parece hoje utilizável. O modelo do “juiz profissional”, se é lícito fazer uso desta expressão na mesma acepção usada na experiência das comunas medievais, é hoje de fato usual só no mundo anglo-saxão, em que os juízes são eleitos ou selecionados por sua capacidade profissional. Mas exatamente nesses ordenamentos os juízes são completamente privados de responsabilidade jurídica de tipo profissional, sendo cobertos por uma total “imunidade” por qualquer ação ou palavra pronunciada no exercício de suas funções. Assim é na Inglaterra desde o famoso caso *Floyd and Barker* de 1608, assim como nos Estados Unidos, que nesse aspecto segue a tradição inglesa.²⁴⁸ Ademais, como se viu, para esses juízes se deve falar de uma responsabilidade política perante o eleitorado, ou pior, segundo o esquema do *Ancien Régime*, perante o Poder Executivo. Ao contrário, uma responsabilidade civil, ainda que limitada aos casos de dolo, existe somente nos ordenamentos em que o juiz é nomeado por concurso; e se encontra completamente estendida aos casos de culpa grave (*faute lourde*) no ordenamento francês, na medida em que o instituto da *prise à partie* foi perfeitamente inserido em uma organização judiciária certamente entre as mais centralizadas e burocratizadas da experiência européia.²⁴⁹

Se, então, se considera o problema no plano teórico, que é o que aqui interessa principalmente, as relações entre as três formas de responsabilidade jurídica – penal, civil e disciplinar – se põem hoje em termos totalmente diferentes dos da experiência pré-moderna, por causa da mudança de colocação do juiz dentro das estruturas do hodierno Estado de direito. Nenhum problema se põe para a responsabilidade penal. É claro que em caso de violações intencionais da lei é justo que o magistrado responda penalmente e até mesmo seja expulso da ordem judiciária. E isso deve valer não só para os magistrados julgadores, mas também para os do Ministério Público, com base no princípio, sustentado por Montesquieu e Filangieri, de que a mais severa responsabilidade por ações caluniosas é uma garantia essencial das liberdades dos cidadãos.²⁵⁰ O único problema é o de uma rigorosa tipificação dos ilícitos penais do juiz, para além das fórmulas excessivamente genéricas dos delitos de corrupção, omissão e interesse privado em atos de ofício próprios de qualquer funcionário público: seja para orientar a responsabilidade penal acima de tudo para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão, a começar pela liberdade pessoal, seja para impedir formas de controle impróprio sobre a justiça, como aqueles que derivam de tipos penais despojados de estrita legalidade.

Bem mais problemático é o instituto da responsabilidade civil, em torno do qual se acenderam na Itália as polêmicas políticas mais ásperas, que resultaram na celebração de um *referendum* popular. A meu ver, essa forma de responsabilidade, comportando sanções patrimoniais equivalentes à medida do dano econômico provocado, é a mais imprópria e perversa. A relação entre dano patrimonial e culpa é de fato pertinente aos negócios, mas não à administração da justiça. E em um Estado de direito baseado na igualdade deve ser cuidadosamente evitada: no duplo sentido de que os danos dos cidadãos – todos os danos injustos, prescindindo-se da culpa – deveriam ser ressarcidos pelo Estado; e as culpas dos juízes – todas as culpas, prescindindo-se dos danos provocados – deveriam ser

sancionadas. Ao menos a justiça, mesmo com todas as suas imperfeições, deveria permanecer isenta da lógica do mercado e não medir pelo patrimônio o seu grau de responsabilidade perante os cidadãos.²⁵¹

Uma responsabilidade civil pela totalidade do dano arriscaria por outro lado intimidar e paralisar a função judiciária na persecução de toda alta e rica criminalidade dos poderosos e produzir, em vez de uma grande responsabilização, uma fuga dos juízes das responsabilidades do juízo. Sobretudo na Itália, onde a criminalidade está cada vez mais entrelaçada com o capital financeiro, seria impossível pedir a um juiz que arriscasse impossíveis ressarcimentos procedendo a quaisquer dos inumeráveis delitos de falência fraudulenta [*esp. quiebra fraudulenta*], peculato, falsidade contábil [*esp. falsedades contables*], abuso de autoridade [*it. abuso edilizi... edilizio é relativo a edile = magistrado da Antiga Roma. No esp. trad. para abusos inmobiliarios*] e corrupções de que já é feita a administração ordinária de nosso sistema político e econômico. O perigo de dever ressarcir integralmente o dano comprometeria o sereno e desinteressado exercício da função judicial, envolvendo o juiz nos interesses das partes em conflito e fazendo regredir a justiça a formas de discriminação classista direcionadas à pequena delinquência dos pobres. Sem contar que a ação civil contra o juiz poderia transformar-se em um instrumento impróprio de impugnação de suas sentenças ou, pior, em um fácil meio de recusa. De resto, como se viu, uma tal responsabilidade é excluída ou limitada unicamente às violações intencionais em quase todos os ordenamentos; e onde quer que esteja prevista, está subordinada ao filtro de preventivas autorizações para proceder por parte de autoridades judiciárias ou, pior, do governo, de modo a prevenir ações de danos puramente instrumentais²⁵² Até mesmo em nosso país, onde também a ab-rogação referendária de cada limitação da responsabilidade civil teria exigido a introdução de uma responsabilidade do juiz pela totalidade do dano, uma solução semelhante foi deixada à parte, e o instituto do ressarcimento devido pelos magistrados foi estabelecido na medida de um terço do seu salário, excluída a responsabilidade do Estado pela remanescente parte do dano.²⁵³ Mas isto quer dizer que uma responsabilidade desse tipo é só aparentemente uma responsabilidade civil, sendo substancialmente uma responsabilidade disciplinar: a perda de uma parte do ordenado preestabelecida rigidamente é de fato só em aparência um sanção civil de tipo reparatório, e é na realidade uma sanção disciplinar.

É precisamente a responsabilidade *disciplinar*, auxiliada por garantias idôneas, que representa ademais a forma mais apropriada de responsabilidade jurídica dos juízes, que por isso seria fortalecida. Antes de tudo porque prevê como ilícitos disciplinares hipóteses taxativas de violação judiciária dos direitos de defesa (interrogatórios defeituosos segundo os termos da lei, acareações irregulares, capturas infundadas e outras), excluindo ao invés aqueles tipos indeterminados de lesão do “prestígio” da magistratura ou semelhantes que permitiram, por muitos anos, desqualificar o juízo disciplinar atribuindo-o a indevidas intimidações da independência dos juízes em razão de suas orientações políticas e jurisprudenciais.²⁵⁴ Em segundo lugar, atribui diretamente ao cidadão que se acredita injustamente lesado o poder de ação disciplinar, e, portanto, de acusação, perante os órgãos da justiça disciplinar – na Itália o Conselho Superior da Magistratura. É claro que uma responsabilidade desse gênero, que nos casos graves pode chegar à expulsão, é mais eficaz e acima de tudo mais pertinente que uma responsabilidade civil improvável: mais eficaz porque um juízo público e solene promovido pela parte ofendida frente a um órgão como o Conselho Superior, do qual também

fazem parte membros estranhos à classe judicial, tem seguramente uma maior ressonância e é ao mesmo tempo menos exposto à solidariedade corporativa do que o julgamento civil; mais pertinente porque ele não compromete o desinteresse e a imparcialidade do juiz e porque é justo que, no caso de violações graves, o magistrado culpado seja removido em vez de condenado a ressarcimentos impossíveis.

8. A responsabilidade social dos juízes e o controle popular sobre a justiça

Além das formas de responsabilidade jurídica, destinadas infelizmente a uma fraqueza intrínseca, a principal garantia de controle sobre o funcionamento da justiça é aquela que chamei *responsabilidade social*, e que se exprime na mais ampla sujeição dos provimentos judiciais à crítica da opinião pública.

Esse controle, expresso em geral pela “imprensa” e particularmente pela “vigilância dos juristas livres”, foi indicado por Francesco Carrara como um fator essencial de responsabilização democrática e também de educação do juiz a um costume de independência: “a cúria e a imprensa livres”, afirmou ele contra o costume de obséquio na observação da jurisprudência dominante também no mundo dos juristas, “vigilando e aplaudindo com conhecimento de causa o trabalho dos magistrados, aumentam sua força e independência perante o Poder Executivo”.²⁵⁵ A bondade da administração da justiça, havia escrito John Stuart Mill, “depende em igual medida do valor dos juízes e do valor da opinião pública que os influencia e os polícia”.²⁵⁶ E ainda antes Jeremy Bentham tinha indicado o controle da “opinião pública” e a substituição do “olhar do soberano” pelo “do povo” como o principal fator de probidade, de responsabilidade e de independência dos juízes.²⁵⁷ A crítica pública das atividades judiciárias – não aquela genérica dos males da justiça, mas a argumentada e documentada voltada aos juízes singulares e com seus provimentos concretos – exprime de fato o ponto de vista dos cidadãos, externo à ordem judicial e legitimado pelo fato de que sua força não se funda no poder, mas unicamente na razão; e é tanto mais eficaz se provém também de outros magistrados, pela ruptura que provoca na solidariedade corporativa e também pela aparência técnico-jurídica que sempre cobre as decisões. É por essa via, bem mais que por sanções políticas ou jurídicas, que se exercita o controle popular sobre a justiça, que se rompe a separação do papel judiciário, que os juízes são emancipados de vínculos políticos, burocráticos e corporativos, que se deslegitimam os maus magistrados e a má jurisprudência, que se elabora e se refunda continuamente a deontologia judiciária.

Obviamente essa forma de responsabilização dos juízes requer uma série de pressupostos, sociais e institucionais. Os pressupostos sociais são os da democracia em geral: a maturidade civil e política dos cidadãos em torno das questões da justiça; a sua atenção e participação constante na vida pública; a sua conflitividade social e sua solidariedade civil e política com os direitos lesados; a completude, a independência e a correção da informação judiciária por parte da imprensa; o empenho civil e o costume de oposição da cultura jurídica.²⁵⁸ Os pressupostos institucionais são mais simples, mas não menos essenciais: primeiramente a obrigação da *motivação* analítica de todo provimento judicial, sem a qual, como escrevia Carrara, “tal vigilância seria impossível”;²⁵⁹ em segundo lugar, a supressão de qualquer forma de penalização da *liberdade de crítica* e de censura em relação aos magistrados, como é ainda hoje na Itália a previsão do crime de vilipêndio da ordem judiciária; em terceiro lugar, a generalização do princípio da *publicidade* a todas as fases do processo e a abolição, ou ao menos a máxima limitação, do segredo instrutório.

Por fim, uma quarta condição institucional da responsabilidade social dos juízes é a *personalização* de todas as funções judiciárias, tanto as judicantes como as postulantes, por meio da instituição do juiz monocrático de primeiro grau e a conseqüente supressão da distinção entre tribunais e varas [*preture* = ofício centrado na figura do pretor (único)], e por outro lado mediante a introdução da obrigação de dar conta, em todas as decisões colegiadas, da eventual divergência de algum ou alguns dos membros do colégio assim como de suas motivadas relações de minoria.²⁶⁰ Um dos principais fatores da irresponsabilidade dos juízes é de fato o anonimato em que estão envolvidas e protegidas suas atividades. Com a personalização das funções judiciárias, a paternidade dos julgamentos não seria, ao contrário, referida a entidades anônimas como o Tribunal, a Corte de Apelação, a Corte de Cassação, a Seção instrutória, o Colégio, a Magistratura ou outras abstrações similares, mas aos magistrados singulares que tomam as decisões ou que concorrem para elas, os quais seriam expostos pessoalmente ao julgamento e à crítica da opinião pública. A relação de minoria nas decisões colegiadas, em particular, comporta a co-responsabilização de todos os membros do Colégio, sem que ninguém tenha a possibilidade de acobertar-se na orientação da maioria ou de alegar a qualidade de minoria. E, sobretudo, ela é um decisivo fator de ruptura do álbi do puro “tecnicismo” e “neutralidade” da decisão, permitindo externar não mais, como hoje ocorre, uma só “verdade” – isto é, uma só interpretação da lei e uma só valoração dos fatos e das provas –, mas verdades diversas e contrastantes, de modo tal a estimular a atenção, a discussão, a crítica informada e conseqüentemente o controle público sobre a atividade dos juízes.

Disso decorre que essa forma de responsabilidade social é a única idônea a evidenciar as margens irreduzíveis de ilegitimidade política, que, como se viu nos parágrafos 12.2 e 37.5, marcam a atividade do juiz: não apenas por seus desvios ou erros mais ou menos culpáveis, mas também pelo inarredável poder de disposição de que ele, por causa da imperfeição estrutural de todo o sistema penal positivo, é investido em contraste com sua submissão somente à lei. Esse contraste não deve ser negado ou afastado pelos juízes, mas conscientemente explicitado, sendo o seu reconhecimento um elemento fundamental da sua deontologia judiciária. Os juízes, como se disse, são perquiridores exclusivos e solitários da verdade processual: essa é uma convenção necessária, exigida pelas garantias de certeza e pré-constituição natural do juiz, pela necessidade de assegurar veredictos não contraditórios e também pelo valor da separação entre as funções repressivas e os cidadãos. Mas isso não tolhe a relatividade dos seus juízos e de suas verdades e tampouco a relativa arbitrariedade de sua designação como juiz. Daí não só a natureza essencial da crítica pública, mas também a necessidade de que o juiz a ela se exponha constantemente, assumindo também ele o *ponto de vista externo* dos cidadãos desprovidos de poder, que é então o fundamento da sua independência política e cultural *frente* ao poder e da legitimidade mesma de suas funções.²⁶¹

41. COMO JULGAR? AS GARANTIAS PROCEDIMENTAIS

1. O processo como garantia de verdade e de liberdade. Cognição ou inquisição

Se a história das penas é uma história dos horrores, a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos; todas as vezes em que no processo se fez uso de medidas instrutórias diretamente aflitivas, da tortura até

o moderno abuso da prisão preventiva. “*Alii cives latronum telis, alii iudicum sententia pereunt*”, lamentava Carrara com as palavras de Paolo Risi, advertindo que “a justiça penal”, na falta de garantias, gera para os cidadãos “perigos talvez maiores que os suscitados pelas paixões dos culpados”.²⁶² Por outro lado, o processo, como de resto a pena, justificase precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada. “As nações bárbaras”, escrevia Francesco Pagano, “desconhecem completamente o processo. Suas causas se decidem ou com o ferro à mão ou com o parecer e o arbítrio de um Senado composto pelos chefes da nação, e por um rei, líder na guerra, juiz e sacerdote na paz”: a passagem à civilidade, acrescentava, assim como o grau de liberdade e de despotismo, se medem pela “maneira de julgar”.²⁶³

O que faz do processo uma operação distinta da *justiça com as próprias mãos* ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes.²⁶⁴ É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. A história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes. Podemos, na verdade, caracterizar o método inquisitório e o método acusatório com base no apoio que um dá ao outro e vice-versa. Obviamente, nem o processo inquisitório ignora o problema da tutela do inocente, nem tampouco o acusatório descuida do escopo da repressão dos culpados. Os dois métodos se distinguem, antes, com base em duas concessões diversas: uma, do Poder Judiciário; e outra, da verdade. Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário.

É nesse sentido que as diferenças entre modelo teórico inquisitório e modelo teórico acusatório traçadas no parágrafo 39.2 podem ser vistas como expressões de duas opostas epistemologias do juízo: *dictum* de um só sujeito, ou contenda entre vários sujeitos; relação vertical inquisidor-inquirido, ou relação triangular entre duas partes e um terceiro *supra partes*; operação unilateral do juiz, ou *actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*: o juiz como terceiro sujeito separado da acusação como exige nosso axioma A8, o ator como parte da acusação sobre a qual recai o ônus da verificação segundo o nosso axioma A9, o réu como parte da defesa que tem direito à contestação segundo o nosso axioma A10. Em todos esses casos o processo tem por fim a “descoberta da verdade, síntese e compêndio dos dois supremos interesses processuais” supra-indicados.²⁶⁵ Mas são diversas as maneiras de entender a verdade e os métodos empregados para atingi-la. Precisamente, enquanto o método inquisitório se baseia em uma epistemologia substancial e decisionista, o método acusatório pode ser configurado como a transposição jurídica da epistemologia da falsificação delineada no terceiro capítulo. E as três

garantias A8-A10 que o compõem, equívaleando às condições epistemológicas de credibilidade identificadas nos pontos 7 e 8 do parágrafo 10, podem ser consideradas ao mesmo tempo como garantias de uma *verdade* controlada pelas partes em causa e da *liberdade* do inocente contra o erro e o arbítrio.²⁶⁶

Obviamente, essa configuração cognitiva do processo penal e do método acusatório é uma aquisição moderna, sendo conexa – mais logicamente que historicamente – ao princípio de estrita legalidade penal e ao correlato processo de formalização e tipificação dos delitos e das penas. De fato, só a rígida determinação ~~semântica~~ dos pressupostos legais da pena, como vimos na primeira parte, permite conceber o processo como juízo baseado na prova empírica de fatos predeterminados, ao invés de em decisões potestativas. Retomando a distinção entre submissão à jurisdição lata e submissão à jurisdição estrita elaborada no parágrafo 37.2, diremos que o método inquisitório é caracterizado apenas pelo primeiro princípio, requerendo unicamente um juízo, qualquer que seja, como condição necessária da pena; por seu turno, o método acusatório é caracterizado também pelo segundo na medida em que exige igualmente que o juízo se desenvolva com as garantias processuais em matéria de prova e defesa que permitam sua verificação e sua falsificação. Isso depende da relação de derivação, e não só de delegação – nomostática, e não só nomodinâmica – que, como mostramos, a estrutura normativa do Estado de direito moderno instaurou em matéria penal entre lei e juízo: tanto quanto o princípio de estrita legalidade vincula as hipóteses legais de crime à taxatividade e, portanto, à sua potencial verificação, o princípio de estrita submissão à jurisdição vincula o juízo penal à sua verificação, no sentido de “correspondência”, ainda que aproximativa, entre denotação jurisdicional e denotação legal. Disso decorre a já assinalada conotação epistemológica da validade na jurisdição penal: as sentenças penais são os únicos atos jurídicos cuja validade depende da sua verdade.

Os processos de verificação oferecidos pela epistemologia acusatória ou falsificação são por isso baseados no método da prova e de refutação – por *modus ponens* e por *modus tollens* – ilustrado no parágrafo 10.6, cuja transposição processual se realiza por meio da separação e da divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo: as duas partes da acusação e da defesa, às quais competem respectivamente a prova e a refutação, e o juiz, terceiro a quem compete a decisão. Disso resulta uma estrutura trigonal ou triangular,²⁶⁷ normativamente assegurada pelas três garantias processuais já enunciadas: a *contestação da acusação*, com a qual é formulada a hipótese acusatória e se instaura o contraditório (*nullum iudicium sine accusatione*); o *ônus da prova* de tal hipótese, que cabe ao acusador (*nulla accusatio sine probatione*); o *direito de defesa* atribuído ao imputado (*nulla probatio sine defensione*). A essas três garantias, que designam outras atividades de cognição, e que podemos por isso chamar *primárias* ou epistemológicas, são acrescentadas outras quatro, não enunciadas autonomamente em SG na medida em que asseguram a observância das primeiras em relação às quais são, por assim dizer, de segundo nível ou *secundárias*: a *publicidade*, que permite o controle interno e externo de toda atividade processual; a *oralidade*, que comporta a imediação e a concentração da instrução probatória; a *legalidade* dos procedimentos, que exige que todas as atividades judiciais se desenvolvam, sob pena de nulidade, segundo um *rito* legalmente preestabelecido; a *motivação*, que fechando o sistema documenta e garante seu caráter cognitivo, ou seja, a procedência ou improcedência, apoiadas por provas ou contraprovas, das hipóteses da acusação contestada.

2. A contestação da acusação e o interrogatório do imputado

É útil distinguir, como propôs Giovanni Conso, acusação como *atividade* e acusação como *ato* introdutório do juízo.²⁶⁸ No primeiro sentido a disciplina da acusação é uma questão orgânica, que remete à organização dos sujeitos a ela destinados; no segundo, é uma questão procedimental que se atém às formas de instauração do processo. O nosso axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione* exprime conjuntamente, ao lado da garantia orgânica da separação funcional e subjetiva entre juiz e acusação, a qual como se viu é uma condição do caráter acusatório do processo e do distanciamento do juiz, também a garantia processual ao imputado da contestação de uma acusação determinada como ato prejudicial (prévio) e delimitador do juízo.

Essa garantia processual pode ser articulada em uma longa série de regras. Antes de tudo, como se disse no parágrafo 9.3, a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório,²⁶⁹ o objeto do juízo e da sentença que o conclui. Em segundo lugar, ela deve ser apoiada por indícios adequados de culpabilidade: de fato, a acusação, como diz Carrara, se é um “teorema” para o acusador, é um “problema” para todos os outros, e se justifica, portanto, se não com a prova, necessária para a condenação, muito menos com a “probabilidade” da culpabilidade do acusado.²⁷⁰ Em terceiro lugar, deve ser completa, isto é, integrada pela contestação de todos os indícios que a justificam, de modo que o imputado seja posto em condição de refutá-los e “nada lhe seja ocultado do que se prepara para seu prejuízo e do que se faz e se fará para robustecer o preconceito da sua culpabilidade e demolir a presunção de inocência que sempre o assiste”.²⁷¹ Em quarto lugar, deve ser tempestiva, isto é, deve deixar ao imputado o tempo de organizar a sua defesa e também preceder qualquer outro ato instrutório.²⁷² Por fim, a notificação da acusação deve ser, além de expressa em uma imputação formal, submetida à refutação a partir daquele primeiro ato do contraditório que é o *interrogatório* do imputado.

É no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório. No processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representava “o início da guerra forense”, isto é, “o primeiro ataque” do Ministério Público contra o réu²⁷³ de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão. Daí não só o uso da tortura “ad veritatem eruendam”,²⁷⁴ mas, também, a recomendação ao juiz para não contestar nem o título do crime atribuído ao inquirido, nem sua qualidade e suas circunstâncias específicas e tampouco os indícios precedentemente colhidos.²⁷⁵ Daí, em geral, a elaboração de uma sofisticada “ars interrogandi et examinandi reos” e de uma densa série de regras sádicas de deslealdade processual informadas unicamente pelo princípio “non curamus de modo, dummodo habeamus effectum”.²⁷⁶ “Felicitas interrogantis est extorquere quod rei nolunt”, ensinava então Chartarius no seu tratado sobre o interrogatório que atingira em dois séculos cinco edições.²⁷⁷ E acrescentava: “iudex debet reis vultum ostendere terribilem dum eos interrogat”,²⁷⁸ e pode tramar armadilhas, “quando a reo vult confessionem extorquere, fingens scire veritatem totius facti”,²⁷⁹ e pode dissimular “promessiones impunitatis” que não serão mantidas, “quia hic dolus bonus est, et ad publicam pertinet utilitatem... Item quia in male promissis fides servanda non est”, e além disso porque “lex permittit adversus delinquentes dolos et fraudes instrui,

ut delicta ipsa puniantur”.²⁸⁰ Obviamente, se o interrogante só tinha poderes, o interrogado só tinha deveres: e portanto “reus tenetur iudici respondere”,²⁸¹ “et potest pluribus modis cogi et compelli ad respondendum: vel mulcta indicta quia factis tribus monitionibus, sub poena ipsum mulcabit; vel captis pignoribus, vel per torturam... At vero in atrocibus sceleribus tormentis rei respondere cogendi sunt”;²⁸² e deve responder apenas “affirmative vel negative, ut nulla arte verborum a reo veritas offuscetur”,²⁸³ ainda que depois o juiz avalie “an aliqua ex dictis rei variatio sit, trepidatio et vultus pallor, et omnia haec per notarium annotari faciat”.²⁸⁴

Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. *Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês.²⁸⁵ Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado;²⁸⁶ o “direito ao silêncio”, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso;²⁸⁷ a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência;²⁸⁸ a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais;²⁸⁹ o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.²⁹⁰

Por outro lado, a idéia de que o fim da verdade justifica qualquer meio se reverte, no modelo garantista, na idéia de que é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim. Precisamente, tendo como fim permitir a defesa do réu, o interrogatório deve subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual: a imediação ou do mesmo modo a tempestividade;²⁹¹ a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas;²⁹² a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas;²⁹³ a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação;²⁹⁴ a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso de processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral;²⁹⁵ a tolerância a todas suas interrupções ou intemperanças;²⁹⁶ a obrigação de “investigar as circunstâncias levantadas pelo réu”,²⁹⁷ e, sobretudo, a liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos é pela capacidade de autodefesa.²⁹⁸

Finalmente, o esquema trigonal e a epistemologia da falsificação próprios do garantismo processual acusatório excluem qualquer colaboração do imputado com a acusação que seja fruto de meios capciosos ou transações, principalmente se feitos às escuras. Contra similares práticas ergueram suas vozes, com argumentos e tons diversos, Beccaria,²⁹⁹ Diderot,³⁰⁰ Filangieri,³⁰¹ Pagano,³⁰² Romagnosi³⁰³ e, com particular firmeza, Carrara, que classificou de “imoralidade” e “infâmia” todas as seduções do réu que se manifestam em promessas ou lisonjas, reconhecendo-as como um “abuso de autoridade” punível penalmente.³⁰⁴ Todas as garantias penais e processuais – e não só o papel do interrogatório como

meio de defesa – resultam de fato alteradas por transações entre as partes, ou pior, entre juiz e imputado, tendo por dada a prova e a pena: o nexo retributivo entre pena e delito, na medida em que a pena ou a sua medida resultam conexas não à gravidade do crime, mas à conduta processual do réu; o princípio de estrita legalidade, devido ao caráter de todo indeterminado e variável do grau de adequação e de relevância da colaboração prestada, e portanto dos pressupostos dos benefícios da pena; o princípio de materialidade, dado o caráter eminentemente subjetivo da postura colaboracionista, ou, pior, do “arrependimento” ou da “dissociação” exigidos ao imputado; o ônus acusatório da prova, passando a prova a ser exigida ao imputado; o contraditório, por causa da confusão dos papéis entre as partes e o caráter monológico impresso a toda a atividade processual; as garantias da defesa e da publicidade, porque a colaboração do imputado com a acusação requer um *tête à tête* entre inquiridor e inquirido, que não tolera a presença de terceiros estranhos e recai, ao contrário, devido ao caráter desigual da relação entre os contraentes, em turvas transferências de confiança do tipo “servo/patrão”; finalmente, o princípio da igualdade penal, dado que podem colaborar, tratar e lucrar apenas os culpados, principalmente se gravemente culpáveis, enquanto o mesmo não podem os inocentes ou quantos tiverem responsabilidades secundárias e que, nada sabendo do crime e não podendo levar qualquer contribuição acusatória, resultam duplamente penalizados. Legalidade, submissão à jurisdição, não derrogação da ação e do juízo, indisponibilidade das situações penais esvaem-se enfim nessa negociação desigual, deixando espaço a um poder inteiramente dispositivo e que inevitavelmente extrapola o arbítrio.³⁰⁵

Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal,³⁰⁶ seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquiridores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites legais. O legislador italiano, sugestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os “arrependidos” e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de Processo Penal. O resultado, como mostrarei nos parágrafos 45 e 54, é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policial ~~escala~~ dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e a conseqüente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário.

3. O ônus acusatório da prova. Fontes e meios de prova

As diferenças entre sistema inquisitório e sistema acusatório que se manifestam no interrogatório do imputado são apenas um reflexo da alternativa epistemológica entre as duas opostas concepções da verdade processual que marcam os dois sistemas e condicionam em geral os métodos de prova.

A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente *única*, não pode ser de parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito deva ser arbitrado

por um juiz terceiro. Disso deriva que o sistema inquisitório não só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. Segredo, escritura e sobretudo ausência de contraditório e de defesa são os corolários da sua epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante. À concepção monista da verdade corresponde o caráter monista e monológico da atividade processual, cujo único protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador e exige demais a colaboração do imputado. Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, de *necessidade da prova*: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado.

Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é conseqüentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do *ônus acusatório da prova* expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que como se viu nos parágrafos 10.7 e 39.3 forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas. Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto, em que o Ministério Público forma as provas e decide acerca da liberdade pessoal do imputado e o juiz, por sua vez, tem poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato a investigação com o auxílio da acusação.

Toda a doutrina garantista das provas descende dessa inovação epistemológica de falsificação. Já analisei no parágrafo 10 a estrutura lógica e as condições epistemológicas da “prova adequada” ou “convincente” exigidas pelo axioma A9. Excluídas por um lado as provas legais, cuja idoneidade convencional a embasar dedutivamente a conclusão do raciocínio probatório forma um resíduo de epistemologia mágico-ordálica, e, por outro lado, o critério potestativo do livre convencimento como condição positiva da condenação, reformulei a relação entre *provas* e *convencimento* de culpabilidade, assumindo as primeiras como condições necessárias, mas jamais por si sós suficientes para justificar o segundo, que nesse sentido (e só nesse sentido) pode ser portanto considerado “livre”. Precisamente, mostrei como o livre convencimento, enquanto equivale a um princípio autoritário quando permite, como ocorre segundo os cânones correntes, a formação do juízo de culpabilidade independentemente das provas, representa uma garantia na medida em que de um lado submete qualquer meio de prova à livre valoração do juiz excluindo-lhe todo caráter presumivelmente probatório, e de outro permite o juízo de culpabilidade só se “adequadamente provado”, isto é, confirmado via *modus ponens* por uma pluralidade de provas e não falseado via *modus to-*

llens por nenhuma contraprova. O juiz, segundo esse princípio, pode em suma condenar não simplesmente “*secundum conscientiam*”, mas “*ex informata conscientia*”, justificando o seu convencimento “*iuxta alligata atque probata*”.³⁰⁷

Naturalmente, aqui é impossível sequer mencionar os inumeráveis problemas ligados à valoração de todos os singulares meios de prova e às suas condições de admissibilidade ou de exclusão. Limitar-me-ei a recordar que, segundo uma classificação escolástica, as provas se distinguem em confissões, testemunhos e documentos; e se diferenciam dos indícios na medida em que estes são concebidos como “substitutos de prova”.³⁰⁸ Vimos no parágrafo 10.2 a falta de fundamentação epistemológica dessa segunda distinção, que reformulamos com referência à natureza do fato – presente ou passado – assumido como probante: “prova”, nesse sentido, é sinônimo de “meio de prova”. Podemos ao invés conservar a tripartição das provas em confissões, testemunhos e documentos se incluímos nos testemunhos também as perícias, os reconhecimentos e as acareações, e nos documentos qualquer depoimento, mesmo não escrito, que seja dotado de força indutiva.

Os principais problemas se referem às confissões e aos testemunhos, no mínimo porque tanto umas como outros comportam uma atividade inquiridora exercitada diretamente sobre pessoas. É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas. Os diversos estilos assinalam a diversa relação supralustrada entre meios e fins do processo: o primado do fim de uma verdade máxima no processo inquisitório, qualquer que seja o meio para atingi-la; o primado dos meios no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima, mas o mais certa possível. E são o reflexo de um distinto conteúdo do princípio de legalidade processual nos dois sistemas: enquanto no processo acusatório é livre a valoração, mas é vinculado o método de aquisição das provas, no processo inquisitório é vinculada a valoração das provas, mas é livre o seu método de formação.

Desse modo a confissão, que no sistema inquisitório é extorquida por qualquer meio, mas vincula legalmente o juízo, é submetida no sistema acusatório e garantista a uma longa série de regras de formação, como a espontaneidade, a não incidência, a univocidade e outras,³⁰⁹ e é todavia privada de qualquer valor legal decisório.³¹⁰ Mais exatamente, ela não pode ter nenhum valor probatório quando não estiver acompanhada por algum outro elemento, sendo inverossímil, se for autêntica, que o assim dito protagonista do crime não esteja em condição de fornecer ulteriores confirmações; e tem valor probatório tanto quanto é apoiada por uma pluralidade de elementos e confirmações segundo o princípio da fecundidade das provas confiáveis, ilustrado no parágrafo 10.7. Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor.³¹¹ De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório [a oitiva] das testemunhas pelo juiz ou, pior, pela acusação sem a presença do juiz; a ditadura por parte deles nas atas de interrogatório; o poder ilimi-

tado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio da incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.

4. O direito de defesa e o contraditório

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, no parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.

Essa concepção do processo como disputa ou controvérsia remete, como se disse no parágrafo 10.4, ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado, por meio da experiência inglesa, ao processo acusatório moderno. E exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática – além da fecundidade lógica – da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado. Obviamente, o pressuposto epistemológico da defesa – como também da prova – é a taxatividade e materialidade do tipo penal: as hipóteses acusatórias, como foi demonstrado amplamente nos capítulos precedentes, devem consistir em asserções empíricas que asseveram a comissão de um fato exatamente denotado pela lei, não sendo nem verificáveis nem falseáveis as asserções de significado indeterminado ou, pior, os juízos de valor (“Tício cometeu maus-tratos” ou “atos obscenos”, “subversivos”, ou ainda “é perigoso” etc.), que não admitem contestações, mas no máximo invocações de clemência.

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

A primeira dessas duas condições exige que o imputado seja assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público. Em um ordenamento cujas “leis fossem simples e acessíveis a todos”, escreveu Bentham, os cidadãos “poderiam cuidar de suas causas judiciais como todos geram seus negócios”, e seria, portanto, suficiente a *auto-defesa*.³¹² Mas “onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidades e nulidades”, é necessária a *defesa técnica* de um advogado profissional “para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar,

por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado”.³¹³ Foi precisamente com as reformas iluministas que a defesa técnica, reduzida nos anos da Inquisição a “uma arte baixa de intrigas”,³¹⁴ assumiu a forma moderna de patrocínio legal obrigatório.³¹⁵ Naturalmente, “defesa técnica obrigatória” não quer dizer que a assistência de um advogado dotado de capacidade profissional é uma obrigação para o imputado, e sim que é um direito seu, a que ele pode livremente renunciar, restando firme a obrigação do Estado de assegurá-la gratuitamente se o imputado não puder pagar.³¹⁶ Quanto à igualdade de poderes, é claro que ela supõe que a acusação pública esteja despojada de qualquer poder sobre o imputado, sendo todos os poderes de uma parte sobre a outra “letais às liberdades civis”;³¹⁷ mas exigiria também, segundo as indicações iluministas recordadas no parágrafo 40.3, a *defesa pública* de um magistrado, apoiada pela defesa profissional do defensor privado, subordinada às suas estratégias defensivas, mas dotada dos mesmos poderes de investigação e funções do Ministério Público.

Ainda mais importante é a segunda condição, relativa à esfera de intervenção do imputado e de seu defensor. O pensamento iluminista, coerentemente com a opção acusatória, reivindicou a presença de um e de outro a todas as atividades probatórias. Voltaire protestou contra a possibilidade de que o confronto entre o imputado e as testemunhas fosse entregue à discricionariedade do juiz em vez de ser obrigatório.³¹⁸ Filangieri sustentou que ao imputado “deveria ser permitido fazer assistir-se por um ou mais advogados em todos os passos do processo”.³¹⁹ Bentham propugnou a presença do defensor no interrogatório não só do imputado, mas também na oitiva das testemunhas.³²⁰ E o mesmo fez Pagano, que desejou que as testemunhas de acusação “serão interrogadas *ex integro* na presença do réu” e sublinhou “o quanto ajuda a conhecer a verdade tal contradição”.³²¹

Ambas essas classes de expectativas – a equiparação da defesa à acusação e a sua intervenção em todos os atos instrutórios – foram, no entanto, frustradas na experiência processual oitocentista. A figura do “Ministério Público de Defesa” não foi jamais instituída, enquanto aquela do “defensor de ofício” sempre permaneceu um simulacro. Assim, sobretudo no processo misto inaugurado pelo Código francês de 1808 e difundido em toda a Europa continental, os direitos da defesa foram quase inutilizados em toda a fase de instrução, que tornou a ser inquisitória, isto é, entregue à iniciativa do juiz, escrita, secreta, privada de contraditório e inteiramente dominada pela acusação. Disso resultou uma disparidade entre a defesa e o Ministério Público³²² – apoiado no juiz instrutor no rito formal e por ele substituído no rito sumário –, que foi abertamente teorizada pelo Ministro da Justiça Rocco na Exposição de Motivos do Código de Processo de 1930: “não é admissível o princípio que equipara o Ministério Público ao imputado, de modo a exigir que a cada faculdade do primeiro corresponda uma faculdade do segundo. Esse princípio descende de um conceito de igualdade que, se pode ser admitido no processo acusatório puro, no qual acusador e imputado são pessoas privadas, é manifestamente errôneo no direito processual vigente, em que o acusador é um órgão público”.³²³

Na fase instrutória, em continuidade à tradição inquisitória,³²⁴ o defensor foi consequentemente excluído até mesmo da assistência ao interrogatório do imputado. E os seus poderes se reduziram, nessa fase, à sua faculdade de se comunicar com seu cliente após o interrogatório, de assistir às averiguações judiciais, às perícias, aos reconhecimentos e perquirições domiciliares, assim como de ter vista aos autos processuais, concluída a fase. Nos anos da República o sistema foi objeto de contínuas reformas e contra-reformas que

lhe acrescentaram um caráter híbrido e irracional: assim, na Itália, com as reformas de 1955 e de 1971, foi introduzido o direito do defensor de assistir ao interrogatório do imputado, como ocorrera na França com uma lei processual de 1897. Mas pouco depois, como será visto na quarta parte, esse direito foi suprimido: primeiramente para os delitos de terrorismo, com base em um Decreto-lei de 1978; depois, para os delitos em geral, com os arts. 350, par. 5.º, e 364, par. 5.º, do novo Código de Processo Penal, o interrogatório do imputado sem defensor foi consentido, com amplas margens de discricionariedade tanto da polícia como da acusação pública.

5. A publicidade e a oralidade. A publicidade parcial e a oralidade parcial do processo de duas fases

Para que seja possível o controle da observância das garantias processuais até agora examinadas é necessário um segundo conjunto de garantias, relativas às primeiras instrumentais ou secundárias: a publicidade e a oralidade do juízo, a legalidade ou ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões. Trata-se de garantias por assim dizer de segundo grau, ou *garantias de garantias*: somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. Por isso a publicidade e a oralidade são também traços estruturais e constitutivos do método acusatório formado pelas garantias primárias, ao passo que o segredo e a escritura representam por outro lado traços característicos do método inquisitório. Quanto às garantias da motivação e da ritualidade, elas não pertencem especificamente ao método acusatório, tendo sido concebidas, no máximo, na tradição inquisitória; mas são por outro lado essenciais a qualquer método processual, seja acusatório, inquisitório ou misto.

A primeira dessas garantias – a *publicidade* – é aquela que assegura o controle tanto externo como interno da atividade judiciária. Com base nela os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e seu defensor. Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório. Presente na tradição clássica, tanto na Grécia como na Roma republicana,³²⁵ ela entrou em crise com a afirmação do processo inquisitório na Roma imperial, assim que a sala das audiências (*secretarium*) começou a ser fechada por uma cortina (*velum*), que era levantada (*levato velo*) sempre que se desejava dar publicidade ao processo.³²⁶ E desapareceu totalmente na experiência medieval, não só na inquisitória, mas ainda mais na acusatória, rigidamente caracterizada, exceto na Inglaterra, pelo segredo e pela escritura tanto da acusação como das provas.³²⁷

A polêmica contra o segredo e a reivindicação da publicidade em todas as fases do processo como obstáculo ao arbítrio formam de resto uma das contribuições mais meritórias do pensamento iluminista à reforma acusatória do processo penal moderno. “Públicos são os juízos e públicas são as provas do crime”, escreveu Beccaria, “para que a opinião, que é talvez a única base da sociedade, imponha um freio à força e às paixões, de modo que o povo diga nós não somos escravos e somos defendidos”.³²⁸ “Entre nós, tudo é

feito em segredo. Um só juiz, com seu auxiliar, escuta as testemunhas uma após a outra... e, recolhido com elas, pode fazer constar como dito tudo aquilo que quiser”, lamentava Voltaire, contrapondo esse procedimento àquele outro “nobre e leal” dos romanos, no qual “as testemunhas eram escutadas publicamente em presença do acusado, que podia responder a elas, interrogá-las ou colocá-las em confronto com um advogado”,³²⁹ e perguntava: “na verdade o segredo convém à justiça? Não deveria ser próprio somente do crime esconder-se?”.³³⁰ Igualmente Filangieri denunciou o “método absurdo e feroz” derivado da união entre o “misterioso e arbitrário segredo que acompanha os primeiros e mais interessantes passos do nosso processo” e “o estado de violência e de tormento” da prisão preventiva, quando “o cidadão ignora o que se trama contra ele e, se for inocente, não pode nem mesmo suspeitar da tempestade que se prepara sobre sua cabeça”.³³¹ Romagnosi destacou “o escandaloso contra-senso” da dicotomia “justiça e segredo”, sublinhando “a monstruosidade e a malignidade” de uma “justiça administrada na sombra”.³³² E o mesmo fez Pagano, que protestou com palavras hoje mais atuais do que nunca, contra o caráter fictício e discriminatório do “misterioso segredo dos juízos criminais”: pois “todo e qualquer processo destina-se desde o princípio a todos os réus, exceto aos pobres, é evidente. Os advogados, o Ministério e todo o mundo forense não ignora isso. Proceda-se, então, pela lei e com vantagem de todos, aquilo que, com corrupção e opressão unicamente do povo, sempre se executa”.³³³

“A publicidade é a alma da justiça”, declarou enfim Bentham,³³⁴ ao qual pertencem talvez as páginas mais penetrantes contra o segredo: não só porque aquela “é a mais eficaz garantia dos testemunhos”, aos quais assegura, graças ao controle do público, “a veracidade”,³³⁵ mas sobretudo porque favorece “a probidade” dos juízes, que, servindo como “freio no exercício de um poder de que é fácil abusar”,³³⁶ permite a formação de um “espírito cívico” e o desenvolvimento de uma “opinião pública, de outro modo muda e impotente frente aos abusos” dos juízes;³³⁷ fundamenta “a confiança do público em seus juízes”,³³⁸ reforça a independência dos magistrados acrescentando-lhes a responsabilidade social e neutralizando seus vínculos hierárquicos e “o espírito corporativo”.³³⁹ Por outro lado, acrescentou Bentham, “quanto mais os tribunais são secretos, mais são odiosos”, já que “inocência e segredo não andam juntos; e quem se esconde já parece meio culpado. Por que esse princípio, que os juízes adotam contra os delinquentes, não deveria jamais valer também para eles? A sua conduta não representa a mesma aparência da criminalidade? Se fossem inocentes, teriam eles talvez pavor de parecer como tal? Se não tivessem nada a temer perante o olhar público, por que então se isolariam em uma cerca tenebrosa? Por que fariam dos palácios da justiça cavernas tão secretas quanto as dos ladrões? E se forem feitas insinuações “injustas, podem eles se lamentar?”.³⁴⁰

Em suma, existe um nexo indissolúvel entre publicidade e democracia no processo. “Eu acho inconcebível” – afirmou ainda Bentham – “que um juiz possa pretender que se creia cegamente em sua integridade, oferecendo só a si mesmo como garantia: a verdadeira honradez de um juiz consiste em não exigir jamais uma tal confiança, em refutá-la quando se lhe quiser atribuir, em colocar-se acima de quaisquer suspeitas, impedindo que elas possam nascer e oferecendo ao público o espetáculo da sua consciência e de sua virtude”.³⁴¹ A opção pela transparência dos juízes representa, portanto, a discriminante mais segura entre cultura jurídica democrática e cultura autoritária. Não por acaso o princípio de publicidade, introduzido durante a Revolução Francesa com os decretos de 8-9.10.1789

e de 16-29.09.1791, foi afastado, assim como a breve experiência acusatória, pela reação termidoriana e depois pela codificação napoleônica.³⁴² E no século passado o valor da publicidade, enquanto foi reivindicado com força por toda a Escola liberal clássica,³⁴³ foi repudiado com a mesma força pelas orientações retrógradas do pensamento jurídico em nome de frustrados argumentos de eficiência,³⁴⁴ ou, pior ainda, em nome do valor associado ao anonimato da justiça como sinal de sua universalidade.³⁴⁵

Naturalmente, a publicidade do processo não tem nada que ver com a sua repercussão ou sua transformação em espetáculo, que podem bem conciliar-se com o segredo na coleta e formação das provas. Mas é precisamente desse tipo a *publicidade parcial* assegurada pelo “processo misto” de origem napoleônica, afirmado na Itália com o Código Rocco e perpetuado, nesse aspecto, pelo novo Código: público e solene na fase dos debates; protegido pelo segredo, mas aberto a indiscrições sem controle, na velha fase instrutória, hoje das investigações preliminares. É claro que esse conúbio híbrido entre segredo e repercussão propicia ao imputado as desvantagens tanto do sigilo como da publicidade. O rumor em torno do processo, aumentado enormemente pela relação ambígua que se instaurou nos últimos anos entre *mass media* e órgãos voltados à persecução, é de fato inversamente proporcional à efetiva cognoscibilidade dos atos processuais, permitida de maneira distorcida pelo vazamento de notícias de modo uníssono durante a instrução, mas impedida, na fase dos debates, pela crescente dimensão das atividades judiciais.³⁴⁶ Sob esse aspecto, a publicidade parcial do processo misto acaba sendo uma publicidade unicamente da acusação – da incriminação, da prisão e talvez das provas de acusação – e não da defesa, convertendo-se assim de garantia contra o arbítrio em instrumento ulterior de penalização social preventiva. Mostrarei na quarta parte como essa mutação assinala a prevalência, nas modernas estratégias de controle penal, da função intimidativa e estigmatizante do processo em relação à função da pena; e que uma confirmação dessa tendência se dá pela progressiva redução quantitativa do volume das penas em oposição à paralela inflação dos processos, assim como pela prevalência, na população carcerária, dos detentos à espera de julgamento em relação àqueles já em cumprimento de pena. Mas está claro até aqui que essa enorme função punitiva do processo é um aspecto inquietante da já apontada transformação do direito penal de sistema de controle retributivo em sistema de controle preventivo.³⁴⁷

Estritamente conexa à publicidade, da qual inclusive representa a principal garantia, é a *oralidade* do juízo. A forma falada, de fato, implica necessariamente a publicidade, em cuja ausência os depoimentos tanto do acusado como das testemunhas devem ser tomados por escrito; e se se quiser conservar o segredo se faz necessária a forma escrita, não podendo associar-se à oralidade, e sim requerendo a formação de provas preventivamente ao juízo público. Foi exatamente à “difusão da escritura” que Montesquieu associou, também historicamente, o abandono da forma pública em prol da forma secreta dos processos: “o uso da escritura permite fixar as idéias e introduzir o segredo; mas considerando que ele pode falhar, não há outro modo senão a publicidade do processo para fixá-las”.³⁴⁸ É óbvio que a alternativa axiológica entre as formas oral e escrita, assim como aquela entre publicidade e segredo, reflete a diversidade dos métodos probatórios próprios dos sistemas acusatório e inquisitório: enquanto a forma escrita é inevitável num sistema penal baseado nas provas legais, a forma oral o é, ao invés, nos sistemas informados pelo contraditório e pelo livre convencimento.

Foi assim que também o princípio de oralidade, dominante no processo acusatório romano³⁴⁹ e desaparecido na Idade Média,³⁵⁰ foi redescoberto pelo pensamento iluminista³⁵¹ e pela experiência do processo acusatório na França revolucionária, para ser depois novamente desatendido no processo misto introduzido pelo Código francês de 1808, penetrando na Itália e em outros ordenamentos europeus.³⁵² É claro que a *oralidade parcial* desse sistema precário – instrução escrita e debates orais – não tem maior valor que sua *publicidade parcial*: os depoimentos orais produzidos na fase dos debates são de fato inevitavelmente prejudicados pelos depoimentos escritos e verbalizados na fase instrutória, acabando freqüentemente por se tornarem confirmações rituais. Acrescenta-se que também formalmente, no nosso ordenamento, a oralidade dos debates foi em muitos casos reduzida a uma mísera farsa por força de uma lei de 17.02.1987, recebida em grande parte pelo novo Código, que, transformando a velha e propriamente ritual “leitura dos autos” em mera “indicação” e remissão aos atos escritos dos autos, esvaziou também a publicidade dos debates, reduzindo-a a simples apreciação do material probatório precedentemente colhido.

Parece-me que a publicidade e a oralidade parciais, e os danos a elas conexos, são um resultado inevitável da estrutura bifásica do processo misto. O valor do princípio de oralidade, segundo o ensinamento de Giuseppe Chiovenda e de Piero Calamandrei, reside essencialmente nos seus corolários da *imediata* e *concentração* do juízo,³⁵³ que exatamente a separação em duas fases do processo misto torna impossível. A oralidade, de fato, vale tanto para garantir a autenticidade das provas e o controle pelo público e pelo imputado da sua formação, como comporta, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência ou em mais audiências aproximadas, de qualquer modo sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das presenças físicas dos juízes do início da causa até a decisão e, em terceiro lugar, e conseqüentemente, o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa “não com base em escrituras mortas, mas com base na impressão recebida”.³⁵⁴ É claro que a divisão do processo em duas fases, desenvolvidas perante juízes diversos e talvez com distância de meses ou anos entre uma e outra, é exatamente o oposto de tudo isso: de um lado ela exige a escritura; de outro permite o segredo.

Devemos então nos perguntar quais são as funções da estrutura bifásica do processo, reproduzida em novas formas – investigação e audiência preliminar em lugar da velha fase instrutória – pelo novo Código de Processo italiano. Parece-me que essas funções são essencialmente duas: garantir a aceitação pelo juiz de tais provas urgentes insuscetíveis de repetição em juízo sem risco de dispersão; permitir uma rápida definição da maior parte dos processos por meio da decisão de arquivamento ou, como é previsto no novo Código, por meio de um rito especial baseado na transação. Essas duas funções correspondem às duas novas figuras de juiz introduzidas pelo novo Código: o juiz das investigações preliminares, competente para os incidentes probatórios e para os provimentos cautelares; o juiz da audiência preliminar, competente para os arquivamentos, as transações e as instaurações da fase dos debates.

Dessas duas funções, só a primeira me parece insuprimível: limitadamente, entre outros, para os incidentes probatórios e algumas medidas cautelares de tipo proibitivo ou real, e não também para a prisão preventiva, cuja ilegitimidade, foi mostrada no parágrafo 38. A segunda função, dentro de um modelo acusatório e garantista, é ao contrário totalmente imprópria. As decisões de arquivamento poderiam de fato ser reservadas ao juiz das

investigações preliminares: tanto que nessa fase a pessoa submetida às investigações não tem nem mesmo “a qualidade de imputado”, cuja assunção é postergada, pelo art. 60 do novo Código, no momento do pedido de instauração da ação ou de procedimento especial. Deveriam, ao invés, ser rigorosamente reservados ao monopólio da acusação pública os requerimentos de instauração de ação, que o novo Código, derogando o princípio *ne procedat iudex ex officio* e seguindo o velho esquema do juiz instrutor, confiou ao juiz da audiência preliminar. Quanto às transações, que talvez sejam a verdadeira razão da introdução da audiência preliminar, elas não só não justificam a perda de eficiência causada pela duplicação do processo ordinário, mas representam, como mostrarei no parágrafo 45.5, as inovações mais perversas do novo regime, as quais contrastam com todo o conjunto das garantias penais e processuais.

Tudo isso quer dizer que as garantias da publicidade e da oralidade podem ser admitidas sem medidas uma vez adotada, sem reservas ou compromissos, a via do processo acusatório puro. É evidente que as investigações policiais devem ser efetuadas em segredo, sob a direção da acusação pública. Mas isso significa apenas que elas não devem ser desenvolvidas pelo juiz e que devem preceder o juízo, sob pena da deturpação em sentido policialesco tanto do juiz como do juízo; que por outro lado deve ser vedada à acusação, e mais que nunca à polícia, a formação das provas, que devem ao invés ser produzidas em contraditório com o imputado perante o juiz dos debates e só excepcionalmente obtidas em forma de incidente pré-processual; significa, enfim, que a contestação da acusação deve equivar ao ato introdutório do juízo público de modo a convocar as partes a confrontar, em condições de igualdade, suas teses e seus argumentos probatórios.

6. O rito e o método legal de formação das provas

A terceira garantia processual de segundo grau, apta a garantir a satisfação e o controle de todas as outras, é o desenvolvimento das atividades judiciais, sobretudo as probatórias, segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. É claro, de fato, que não seria assegurada a atuação de nenhuma das garantias processuais se não fossem prescritas e sancionadas suas modalidades. O conjunto dessas modalidades e formalidades, que constituem o *rito*, é “instituído”, como escreveu Carrara, “como freio do juiz”,³⁵⁵ e a sua “sanção natural é a nulidade de qualquer ato que o viole. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido”.³⁵⁶ Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça.³⁵⁷

As formas processuais de maior relevância são obviamente aquelas que condicionam a validade das provas ao *método legal* de sua formação. Elas impedem, entre outras, que possa ter relevância a “ciência privada” do juiz para fins de convencimento da culpa, o qual deve ocorrer *secundum acta et probata*, diferentemente do convencimento da inocência, que, por força da estrutura lógica da prova analisada no parágrafo 10.7, é possível independentemente de qualquer prova.³⁵⁸ É útil precisar que a legalidade do método de formação das provas, ainda que seja um condicionamento jurídico-normativo da verdade processual e, portanto, como se disse no parágrafo 4.4, um fator de sua divergência em

relação ao modelo ideal de correspondência, não tem nada que ver com a legalidade da sua valoração, que caracteriza o sistema das provas legais. Exatamente o primado dos meios que distingue o modelo garantista exige de fato que as provas, sendo livre sua valoração, sejam assumidas com método legal; e que seja então rechaçada a máxima “male captum est bene retentum”, que, no método inquisitório, postula ao contrário a indiferença dos meios relativamente aos fins da prova, vinculado que está ao invés à sua valoração legal.

Outro problema é o da natureza das formalidades, de que já falei nos parágrafos 2.4 e 4.4: garantias contra o arbítrio, quando vinculam o juiz e as partes a regras e critérios epistemológicos destinados à obtenção de uma verdade processual mínima, mas o mais possível apoiada por provas e contraprovas; empecilhos danosos e ilusórios, quando têm o único efeito de complicar inutilmente os processos, sobrecarregando-os, tornando-os lentos e tornando difícil sua compreensão e seu controle pelo imputado e pela opinião pública. Paradoxalmente, as formas solenes e as liturgias do rito são tanto mais legitimantes quanto mais inúteis e incompreensíveis: “os nossos magistrados”, escreveu Pascal, “compreenderam bem esse mistério. As suas togas vermelhas, suas peles de arminho em que se envolvem como gatos, os palácios onde produzem a justiça, as flores-de-lis, todos aqueles nobres adornos são mais que o necessário”.³⁵⁹ Mas trata-se, evidentemente, de uma legitimação imprópria e inaceitável em um ordenamento democrático.

7. A motivação. Verdade e validade no processo

A última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema *SG* é a obrigação da *motivação* das decisões judiciais. Ainda que se encontrem traços da motivação nas jurisdições estatutárias, na eclesiástica da Santa Inquisição³⁶⁰ e, mais ainda, naquela dos magistrados romanos,³⁶¹ o princípio da obrigação de *reddere rationem* das decisões judiciais, e especificamente das sentenças, é francamente moderno. Apoiada por Francis Bacon³⁶² e depois pelo pensamento iluminista,³⁶³ a obrigação foi sancionada pela primeira vez pela Pragmática de Ferdinando IV, de 27 de setembro de 1774;³⁶⁴ sucessivamente pelo art. 3 da *Ordonnance criminelle* de Luís XVI, de 1.º de maio de 1788;³⁶⁵ depois pelas leis revolucionárias de 24 de agosto e 27 de novembro de 1790 e, por fim, recebida, através da codificação napoleônica, em quase todos os códigos oitocentistas europeus.³⁶⁶ Maiores resistências ela encontrou no sistema anglo-saxão de tradição acusatória, também por causa da discutível idéia da incompatibilidade entre motivação técnica e veredicto dos jurados.³⁶⁷

Compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas; e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o “poder desumano”³⁶⁸ puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação

ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas. E não só em apelação como em cassação. Tanto a argumentação jurídica como a de fato, como foram analisadas nos parágrafos 9 e 10, regem-se na verdade pela *lógica judiciária*, respectivamente *dedutiva* e *indutiva*. E são vícios lógicos, censuráveis também na cassação, não só aqueles que violam a lógica dedutiva da subsunção legal, mas também aqueles em contraste com a lógica indutiva da indução probatória: ou por ausência de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* as hipóteses acusatórias, ou pela presença de argumentos aptos a infirmá-las por *modus tollens*, ou enfim pela ausência de refutação por *modus tollens* das contra-hipóteses defensivas.³⁶⁹

A presença e, sobretudo, a exposição ao controle da motivação graças a sua forma lógica e semântica têm o valor de uma discriminante entre métodos processuais opostos e, por reflexo, entre modelos de direito penal opostos: entre aquela que Carrara chamava “convicção autocrática”, porque baseada na “mera inspiração do sentimento” e aquela que ele chamava “convicção arrazoada”, sendo expostas tanto as “razões” jurídicas como as de fato,³⁷⁰ e, conseqüentemente – segundo a alternativa enunciada desde o início desse livro –, entre cognitivismo e decisionismo penal, entre verdade e valoração, entre garantismo e substancialismo penal. Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade.³⁷¹ E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.

NOTAS

⁽¹⁾“Recorde-se a distinção, no antigo direito grego, entre delitos “voluntários” e “involuntários”, correlativa à divisão das competências relativas entre o tribunal do Areópago e o tribunal dos Efídios (Paládio e Delfínio), nos quais a organização judiciária ateniense veio se articulando (*supra*, nota 94 do capítulo 8); a transformação inquisitória do processo penal romano produzida, na era imperial, pela repressão dos *crimina laesea maiestatis*, cuja determinação escapa ao princípio de estrita legalidade e portanto de estrita submissão à jurisdição e, por fim, a análoga transformação do processo no direito canônico medieval produzida pela persecução dos delitos de heresia, igualmente em contraste com os dois princípios estudados.

⁽²⁾A obrigação é prescrita em geral pelo art. 111 da Constituição (“Todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”) e, para os provimentos especiais, pelos arts. 125, par. 3.º, 292, *caput*, 409, par. 1.º, 460, 546 e 606 do Código de Processo Penal.

⁽³⁾*La democrazia in America*, cit., p. 500.

⁽⁴⁾Depois de ter relembrado os passos de Mateus, 7, 1 (“Nolite iudicare, ut non iudicemini”) e de São Paulo, *Epístola aos Romanos*, 14, 4 (“Tu qui est, qui iudicas alienum servum?”), Santo Tomás distingue entre juízos sobre os fatos e as coisas e juízos sobre as pessoas, e afirma que só os primeiros, enquanto verdadeiros ou falsos, são inócuos: “Aliud est iudicare de rebus, et aliud de hominibus. In iudicio enim quo de rebus iudicamus non attenditur bonum vel malum ex parte ipsius rei de qua iudicamus, cui nihil nocet qualitercumque iudicemus de ipsa: sed attenditur ibi solum bonum iudicantis si vere iudicet, vel malo si falso... Sed in iudicio quo iudicamus de hominibus praecipue attenditur bonum et malum ex parte eius de quo iudicatur, qui in hoc ipso honorabilis habetur quod bonus iudicatur, et contemptibilis si iudicetur malus” (*Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LX, arts. 1 e 4).

⁽⁵⁾Essa tese, já tratada no parágrafo 12.2, será desenvolvida no capítulo 13, em que será ligada à inafastável diferença entre dever ser e ser, ou entre normatividade e efetividade, que destaca qualquer critério de legitimação desde baixo – não só a garantia dos direitos dos cidadãos, mas também a re-

presentatividade democrática de sua vontade – e que aflige todos os poderes do Estado quanto mais altas são as expectativas criadas nos confrontos de valores políticos incorporados na sua constituição. Sobre a ilegitimidade política do juízo *extra legem*, recordem-se as palavras de Montesquieu, Beccaria, Condorcet, Filangieri e Pagano contra o despotismo dos juízes, relembradas nas notas 23 e 24 do capítulo 1 e a caracterização do juiz não submetido à lei como “ditador sem risco público” por Lauzé di Peret (nota 135 do capítulo 3). Note-se também o vocábulo *Juge (Droit moral)* de Louis de Jaucourt na *Encyclopédie*, cit., XI, p. 5: “Une sentence injuste, émanée arbitrairement, est un attentat contre la loi, plus fort que tous les faits particuliers qui la violent” (“uma sentença injusta, prolatada arbitrariamente, é um atentado contra a lei, mais forte que todos os fatos particulares que a violam”).

⁽⁶⁾L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze, 1895, p. 15, o princípio reflete, além disso, uma concepção positiva e otimista do homem baseada em uma valoração probabilística: “A base da presunção”, afirmava Carmignani, “é aquilo que ordinariamente ocorre: mais frequentemente sucede que os homens, em vez de cometerem delitos, se absterm de delinquir. Portanto a lei consagra e assegura a todos os cidadãos a presunção de inocência” (*Elementi del diritto criminale*, cit., par. 515, p. 145). A esse otimismo liberal contrapõe-se, em sustentação da negação do princípio, o pessimismo antropológico fascista, argumentando com a tese exatamente oposta da maior probabilidade de que um imputado seja antes culpado que inocente: “Agora desejaram admitir”, pergunta Vincenzo Manzini, “que a experiência histórica coletiva ensina que a maior parte dos imputados é inocente?” (*Trattato di diritto processuale italiano*, cit., vol. I, p. 180-181). Carmignani, a despeito disso, exatamente a partir da idéia otimista da improbabilidade dos delitos atrocíssimos, inverte o velho aforismo de Claro *in atrocissimis leviora indicia sufficiunt*, e afirma que, “quanto mais atroz é um delito, maior força adquire a chamada presunção de inocência. Portanto, quando a alguém seja atribuído um crime grave e atroz, as presunções ordinárias da lei ou do homem perdem grande parte de seu valor, passando a ser exigidas em maior número” (ibidem, par. 516, p. 145).

⁽⁷⁾“Todas as punições de súditos inocentes, sejam elas grandes ou pequenas, são contrárias à lei da natureza, pois a punição se dá só pela transgressão da lei, e por isso não pode existir pena para um inocente” (T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 260).

⁽⁸⁾P. I. Lauzé di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 39. A razão dessa opção é bem explicada por F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, par. 816, p. 276-277, que contrapõe o “mal certo e positivo”, representado pela condenação do inocente, ao “mero perigo (de delitos futuros)”, que a absolvição do culpado representa. E acrescenta, contra quem grita ao “escândalo político” de cada absolvição que deixe impune um delito: “Escândalo verdadeiro seria ver os tribunais condenarem sempre; e juízes que, absolvendo, parecessem cometer um pecado; que estremeassem como por febre, e suspirassem como por infortúnio ao confirmar a absolvição, sem tremer, nem suspirar ao condenar. Escândalo verdadeiro, pois que com isso criaria profundas raízes no povo a idéia segundo a qual os juízes criminais se sentam em suas mesas para condenar e não para administrar a justiça imparcial. Isso destruiria toda a confiança na justiça humana, fazendo reconhecer como razão da condenação não o fato de ser comprovadamente culpado, mas o ser acusado. As sentenças absolutórias são a confirmação do contrário. Elas honram a magistratura e reforçam a fé nas sentenças condenatórias;... consolidam nos cidadãos a opinião da própria segurança”.

⁽⁹⁾*De l'esprit des lois*, cit., XII, 1-2, p. 430-431. A mesma tese é expressa por F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., V, p. 29.

⁽¹⁰⁾Ch. Montesquieu, loc. cit., p. 431. “Em um Estado que possuísse nessa matéria as melhores leis possíveis, um homem processado que devesse subir no dia seguinte ao patíbulo seria mais livre que um paxá na Turquia” (ibidem, p. 432). Sobre o nexo entre liberdade e legalidade na literatura iluminista, veja-se a nota 5 do capítulo 1.

⁽¹¹⁾“Dado que as leis sejam claras, simples, e que toda a força da nação seja reunida para defendê-las... Dado que os homens as temam, e temam somente elas. O medo das leis é salutar, mas o temor do homem ao próprio homem é fatal e criador de delitos. Os homens escravos são mais voluptuosos, mais libertinos e mais cruéis que os homens livres” (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XLI, p. 97). Analogamente Ch. Montesquieu, ob. cit., XI, 6, p. 397: “É necessário que o governo seja tal, que nenhum cidadão possa temer outro cidadão”; ibidem, p. 398: “Não se tenham continuamente os juízes diante dos olhos; e tema-se a magistratura e não os magistrados”.

⁽¹²⁾ Recordem-se o escrito de Trajano “satiuss esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare” (Ulpianus, *10 de officio proconsulis*, D. 48.19.5. pr.), a máxima de Paulo (69 *ad edictum*) “ei incumbit probatio qui dicit non qui negat” (D. 22.3.2) e os brocardos medievais “affirmanti non neganti incumbit probatio” e “actore non probante reus absolvitur”. Sobre o ônus da prova na tradição romana e da Alta Idade Média e sobre o princípio “in dubio pro reo”, vejamos as notas 25 do capítulo 2 e 45, 47 e 50 do capítulo 3.

⁽¹³⁾ Cf. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XVII-XIX, p. 88, 91 e 94-96, em que é denunciada a presunção de culpabilidade que no processo inquisitório de fato pesava sobre o acusado; N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle Due Sicilie*, cit., p. 319 e ss., para quem a presunção de inocência foi transformada, na época da inquisição, no princípio oposto da presunção de culpabilidade. Sobre a cultura da presunção de culpabilidade que se difundiu na época da inquisição, vejamos as densas páginas de F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 625-658; idem, *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari, 1984.

⁽¹⁴⁾ Cf., *supra*, o parágrafo 10.3 e a nota 28 do capítulo 3.

⁽¹⁵⁾ T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 533.

⁽¹⁶⁾ S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., liv. VIII, cap. III, par. 7, em que a pena é definida como “malum quod antea denunciatum et post cognitionem delicti fuit impositum”.

⁽¹⁷⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI, p. 38. Mas também Beccaria às vezes cochila: “Parece que o banimento deveria ser aplicado a todos que, acusados de um delito atroz, tenham contra si uma grande probabilidade, mas não a certeza de que sejam réus” (ibidem, XXIV, p. 55); Beccaria, recordar-se-á (*supra*, nota 34 do capítulo 3), tinha se pronunciado, de resto, a favor das provas legais positivas, distinguindo-as em “perfeitas” e “imperfeitas” (ibidem, XIV, p. 34). Sustentando a presunção de inocência, vejamos também G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, caps. XII e XIV, p. 411-412 e 416 e ss.; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 19: “Que ninguém seja punido sem processo”. Mas nem mesmo Pagano conseguiu subtrair-se à tentação de querer punidos os suspeitos: “Para que a sociedade pudesse repousar mais segura, o réu indiciado e não comprovado poderia ser exilado para sempre do reino” (ibidem, XXX, p. 156).

⁽¹⁸⁾ “Ninguém pode ser privado de sua liberdade, exceto segundo a lei do país e após juízo por seus pares” (Declaração dos Direitos da Virgínia, seção 8, última parte); “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas” (Declaração francesa de 1789, art. 7); “cada homem é presumido inocente desde que não tenha sido declarado culpado” (idem, art. 9); “Ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou dos bens senão após regular procedimento legal” (Constituição dos Estados Unidos de 1791, V emenda). Mas o princípio tinha sido estabelecido, na Inglaterra, desde o já recordado art. 39 da *Magna Charta*.

⁽¹⁹⁾ F. Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale* (1873), *Opuscoli*, cit., V, p. 17-19: “O postulado de que parte a ciência nessa segunda série de estudos é a presunção de inocência, e portanto a negação da culpa. Não mais, como na primeira parte, ela permite às autoridades supor que esteja diante delas um culpado. Não mais diz: protejo este homem para que vocês não o punam além da medida, rompendo os cânones e os critérios que eu estabeleço sobre os dogmas da razão para determinar tal medida. Aqui a ciência diz, ao contrário, com a cabeça erguida: protejo este homem porque é inocente; e tal eu proclamo desde que vocês não tenham provado sua culpabilidade; e essa culpabilidade vocês devem provar com os modos e as formas que eu lhes prescrevo, os quais vocês devem respeitar porque realmente procedem de dogmas de pura razão... A metafísica do direito penal propriamente dita é destinada a proteger os culpados dos excessos da autoridade social; a metafísica do direito processual tem por missão proteger dos abusos e dos erros da autoridade todos os cidadãos inocentes e honestos”. Do “postulado” da presunção de inocência Carrara também deriva, além do ônus acusatório da prova, a “estrita adesão às competências”, a “tempestiva contestação da acusação”, a “temperança na custódia preventiva”, a “crítica imparcial na valoração dos indícios” (ibidem, p. 18). O valor de “postulado lógico e jurídico” da presunção de inocência foi sustentado também por A. Stoppato, *Studi scientifici di procedura penale*. I. Sul fondamento scientifico della procedura penale, *Rivista Penale*, 1893, p. 314, e pela obra já recordada de L. Lucchini, loc. ult. cit.

⁽²⁰⁾ R. Garofalo, *La detenzione preventiva*, *La scuola positiva*, II, 1892, p. 199: “A todos que repetem a vazia, absurda e habitual frase da presunção de inocência até a sentença definitiva, respon-

do que muitas vezes o juízo é antecipado e a condenação pronunciada pelo tribunal da opinião pública”. Coerentemente com essa premissa, Garofalo recomenda uma extensão larguíssima da prisão preventiva e uma restrição máxima da liberdade provisória, que além disso ele desejaria ver sempre condicionada ao pagamento de elevadas cauções com base no subentendido princípio de que a periculosidade decresce com o crescimento do patrimônio (*Criminologia*, cit., p. 329-339). Enrico Ferri, por sua vez, depois de ter admitido na presunção de inocência “um fundo de verdade”, julga-a “ilógica” se “absoluta e indistinta”, isto é, aplicada também aos reincidentes e em geral a todos cujos “indícios orgânicos e psíquicos, oferecidos pela antropologia e estatística criminal, concordam em mostrar a culpabilidade”. “Os próprios delinquentes, por mim interrogados a esse propósito”, acrescenta Ferri, tentando talvez uma aculturação da ciência penal às subculturas criminais, “reconhecem, ao contrário, a razoabilidade da presunção contrária: ‘Condenaram-me sem provas, só pela minha capacidade de delinquir’ – dizia-me um ladrão habitual – ‘e fizeram bem; nunca condenam aqueles que jamais roubaram; e afinal, se daquela vez eu não era realmente culpado, seja-o então pelas outras vezes que francamente roubamos, mas não nos descobrem’” (*Sociologia criminale*, cit., p. 729-731).

⁽²¹⁾ “Nada tão grosseiramente paradoxal e irracional. Basta pensar nos casos de custódia preventiva, no segredo da fase instrutória e no fato mesmo da imputação. Dado que esta última tem por pressuposto suficientes indícios de culpabilidade, ela deveria constituir, quando muito, uma presunção de culpabilidade” (V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., I, par. 40, p. 180). E mais além, como se a presunção não existisse até prova em contrário: “Se devemos presumir a inocência do imputado, reza o bom senso, por que então se procede contra ele?”

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 181: “A dita presunção de inocência não é nem mesmo justificável como correlativo da obrigação de provar a acusação... desde o momento em que a acusação mesma já está provada em parte pelos indícios que determinaram a imputação”. No mesmo sentido, G. Novelli, Custódia preventiva, *Nuovo digesto italiano*, cit., IV, 1938, p. 513: “Quando existe um procedimento em curso, não subsiste uma presunção de inocência porque em uma sociedade civil a inculpação de um delito não é levada em consideração se não existirem indícios suficientes”. Mais moderadas e problemáticas, ainda que em parte de acordo com as teses de Manzini, foram as teses de S. Longhi, *Commento al Codice di Procedura Penale*, Utet, Torino, 1923, liv. II, p. 82-93, em que se transcreve, entre outros, o rico debate sobre a questão que acompanhou a elaboração do Código de Processo de 1913.

⁽²³⁾ *Trattato*, cit., p. 180-181 (o trecho está transcrito na nota 6).

⁽²⁴⁾ Relazione ministeriale sul progetto preliminare del Codice di Procedura Penale, *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22. Sobre a ideologia fascista da liberdade individual como “interesse social” e “concessão do Estado”, submetidos a essa liquidação dos princípios de 1989, vejam-se as palavras de Alfredo Rocco e de Vincenzo Manzini mencionadas *infra* na nota 50.

⁽²⁵⁾ O art. 27, *caput*, da Constituição diz que “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. A norma aprovada pela Primeira Subcomissão dizia, ao invés: “A inocência do imputado é presumida até a condenação definitiva”. A disputa sobre o significado de “não culpável” e de “inocente” remete ao direito medieval: “Bene dixit Bartolus non repertum culpabilem absolbebam... et non dixit innocentem: quia hoc verbum innocens praesupponit et denotat omnimodum omniumque et carentiam criminis et doli, quamvis non desint qui subtilizando in via disputativa tenere velint idem denotari per verbum innocens, quod per verbum non culpabilis” (P. Ghirlandus, *De relaxatione carceratorum*, cit., rubr. *De absolute innocentis*, n. 4-5, p. 268r). Sobre a tentativa de grande parte da doutrina de esvaziar de significado o art. 27 da Constituição arguindo o caráter ambíguo e precário de sua formulação, cf. G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 20-24. A substancial identidade de significado entre “presunção de não culpabilidade” e “presunção de inocência” é de resto sustentada por M. Valiante, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 152 e ss. Em todo caso o princípio segundo o qual “cada pessoa acusada de um crime é presumida inocente desde que sua culpabilidade não tenha sido legalmente verificada” foi estabelecido pelo art. 6, *caput*, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, firmada em Roma em 04.11.1950 e ratificada pela Itália com a Lei 848, de 04.08.1955 (sobre suas implicações, cf. E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 868).

⁽²⁶⁾ Limito-me a recordar M. Pisani, Sulla presunzione di non colpevolezza, *Foro penale*, 1965, p. 1 e ss.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967; V. Grevi, Libertà personale dell'imputato, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXIV, 1974, p. 315 e ss.; idem, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 3-4 e 24-25; A. Ghiara, Presunzione d'innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 1974; G. Illuminati, ob. cit.

⁽²⁷⁾ A distinção está em G. Illuminati, ob. cit., p. 15.

⁽²⁸⁾ C. Th. 9.2.3: "Nullus in carcerem, priusquam convincatur, omnino vincitur". A mesma disposição, emanada em 30.12.380 pelos imperadores Graciano, Valentiniano II e Teodósio, estabelecia além disso que ao acusado residente longe do local do processo fossem concedidos trinta dias antes de comparecer, "ad disponendas res suas componendosque maestos penates". A custódia cautelar do imputado à espera de julgamento é todavia atestada pela célebre máxima de Ulpiano, recordada no parágrafo 29.3, "carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet" (D. 48.19.8.9). Seguramente, ela era prevista, na idade imperial, para os réus confessos antes da sentença: "Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiciendus est" (Saturninus, *2 de iudiciis publicis*, D. 48.3.5). Foi disposto, no entanto, contra a lentidão processual, que a duração fosse a mais breve possível: "De his quos tenet carcer id aperta definitione sancimus, ut aut convictum velox poena subducatur, aut liberandum custodia diuturna non maceret" (CI. 9.4.5). Além disso, uma Constituição de Constantino de 30.6.320 (C. Th. 9.3.1 e CI. 9.4.1) – relembrada por G. Pugliese, Le garanzie dell'imputato nella storia del processo romano (1969), *Scritti*, cit., II, p. 617 – havia estabelecido que o processo dovesse desenvolver-se imediatamente após a exibição do arrestado ("reo exhibitio"), e havia proibido que a estes, na espera do julgamento, fossem impostos os grilhões ou a detenção em locais obscuros ou insalubres ("Interea vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet... Nec vero sedis intimae tenebras pati debebit inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi"). Uma Constituição de Justiniano de 529 (CI. 9.4.6) havia enfim disciplinado, talvez por causa da inobservância da vedação de 380, uma espécie de *habeas corpus*: a proibição de encarceramento sem ordem de um magistrado, a possibilidade da liberdade provisória mediante fiadores, a duração máxima de seis meses da prisão preventiva (salvo no caso de gravíssimos indícios de culpabilidade). Por outro lado, como menciona Ulpiano (*7 de officio proconsulis*), a liberdade provisória garantida por fiadores já havia sido introduzida por um decreto precedente: "Divus Pius rescripsit non esse in vincula coiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est" (D. 48.3.3).

Na Idade Média, o instituto da caução, que ainda condiciona pesadamente o *habeas corpus* na experiência processual anglo-americana, foi novamente reafirmado: "Comprehensus autem, si fidejussores habere potuerit, per fidejussores ad mallum perducatur; si fidejussores habere non potuerit, a ministris comitis custodietur et ad mallum perducatur" (*Capitulare Karoli II*, de 04.01.873, 229, org. G. H. Pertz, Hannover, 1825). Amplas notícias e referências sobre a liberdade provisória com caução (*custodia libera*) alternativa à *custodia non libera in teterrimo carcere*, em Roma e depois na experiência medieval, são fornecidas por F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, par. 896, nota, p. 391-394, e por T. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., II, p. 382 e ss. Sobre a detenção preventiva na Idade Média e a proibição de prisão das mulheres nos direitos romano e medieval, vejam-se as notas 128 e 127 do capítulo 7.

⁽²⁹⁾ Vejam-se as numerosas fontes e notícias reportadas por A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., vol. VI, *Storia della procedura*, parte II, 2.ª ed. org. por P. Del Giudice, p. 146 e ss., e em G. Salvini, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., parte II, p. 385 e ss. Cf. também V. Manzini, ob. cit., I, p. 37-38; U. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., I, p. 230 e ss.; G. Amato, ob. cit., p. 61-73; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., p. 3-4 e 24-25.

⁽³⁰⁾ *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 256 e 259.

⁽³¹⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XIX, p. 47-48. Essas duas mesmas justificações são retomadas por G. Carmignani, *Elementi*, cit., par. 616, p. 173.

⁽³²⁾ *Prix de la justice et de l'humanité*, cit., art. XXV, p. 583.

⁽³³⁾ *Observations sur le traité des délits et des peines, par M. Diderot*, em apêndice a C. Beccaria, ob. cit., p. 397: "Autre atrocité. C'est que s'il arrive que l'homme soit innocent, il a été détenu dans les prisons, son crédit et sa fortune sont perdus, son commerce dérangé, quelquefois il a été brisé par la question, sa santé est altérée, et il est renvoyé sans indemnité. La loi prend tout au coupable, et ne res-

titue rien à l'innocent. On est trop heureux de lui échapper" ("outra atrocidade. A que atinge o homem inocente, que foi detido nas prisões, seu crédito e fortuna perdidos, seu comércio destruído, sua saúde alterada, e ele é devolvido sem indenização. A lei tudo toma do culpado e nada restitui ao inocente. É-se muito feliz quando dela se escapa").

⁽³⁴⁾ *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. VI, p. 366 e ss., em que Filangieri, após uma apologia do direito romano que teria ignorado a prisão preventiva, dirige um apaixonado apelo "aos legisladores da Europa" contra o "uso bárbaro" da custódia preventiva transcrito na nota 128 do cap. VII e propõe que ao menos o imputado detido seja "tratado como cidadão" e custodiado em locais separados dos cárceres ordinários (ibidem, cap. VII, p. 374).

⁽³⁵⁾ *Notes sur le Code criminel publié a Florence le 30.11.1786*, cit., art. XV, p. 426: "Les autres articles relatifs à l'emprisonnement, aux requêtes des prisonniers pour demander la liberté, paroissent en général trop vagues, laissent trop à la décision arbitraire des juges... J'aurois désiré aussi... qu'on eut fixé un terme très court, au-de-là duquel il eut défendu de retenir en prison tout homme qui ne seroit pas dans le cas de l'art. XXII" ("ou outros artigos relativos à prisão, aos requerimentos dos prisioneiros quando pedem sua liberdade, parecem em geral muito vagos, deixando excessivamente à decisão arbitrária dos juizes... Eu teria desejado também... que se tivesse fixado um termo além do qual seria proibido manter na prisão todo homem que não estivesse no caso do art. XXII").

⁽³⁶⁾ Veja-se a exaltação do *habeas corpus* inglês, por força do qual, "se a pena não for capital, liberta-se o réu com fiança [*malleveria*: garantia pessoal], e, como nós dizemos, confia-se", in F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., VII, p. 45.

⁽³⁷⁾ *Traité des preuves judiciaires*, cit., liv. III, cap. XIV, p. 297-298, em que Bentham protesta contra o isolamento do imputado também após o interrogatório, que – diz ele – deve ser imediato ainda que possa prolongar-se por vários atos processuais [*sedute*: apreciações da causa pelo juiz].

⁽³⁸⁾ "Se a prisão pode ser necessária para deter as pessoas suspeitas de terem cometido um crime, essa medida severa, sendo apenas uma precaução (já que não falo aqui da reclusão como pena legal), deve limitar-se àquilo que se torna indispensável para obter o fim prefixado. O quanto exceder os limites da mais estrita necessidade é uma injustiça" (B. Constant, *Commento sulla 'Scienza della legislazione' di G. Filangieri*, cit., VII, p. 593). A tese reforça o artigo 9 da Declaração dos Direitos de 1789: "Já que todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado, se se julga indispensável prendê-lo, todo o rigor à sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei".

⁽³⁹⁾ "Quantos sofrimentos longos, inúteis e injustos! Em um recinto tenebroso, entre quatro paredes, que exalam uma umidade insuportável, sob um teto baixo em que se acumulam vapores densos e visíveis... lá vós habitais, vítimas desventuradas da calúnia... O poder da iniquidade vos colocou, vos mantém e consoma naquela estadia de morte. Um dia o poder da justiça se aperceberá que ali estais; e será em tempo, vale dizer, se não morrerdes antes, conseguireis de lá sair. Esperai, no entanto. Oh, como é longo o tempo para o inocente que está entre grilhões... Horrível poder o homem sobre seu semelhante. A natureza jamais chegou a esses excessos, nem mesmo quando quis destruir... O homem só encontrou o meio de se consumir por meses e anos, de prolongar também aos inocentes o suplício, de tornar a vida dos infelizes mais lenta, fria, inconsolável, de alterá-la, confundi-la, aniquilá-la com o desespero do tempo, do futuro, que torna-se para ele longo como a eternidade" (ob. cit., p. 69).

⁽⁴⁰⁾ "A custódia preventiva não é tolerável, exceto nos delitos graves e naqueles que não obstante menos graves apresentam prováveis suspeitas de reincidência e que podem ser ditos delitos habituais" (*Programma. Parte generale*, cit., II, par. 897, p. 395). Mais além, Carrara chega a chamar de "tortura mascarada" a prisão preventiva dirigida à obtenção da confissão (ibidem, par. 898, p. 398; veja-se, *infra*, a nota 70, *passim*); polemiza asperamente contra a expressão "liberdade provisória" (mantida na Itália até que a Lei 330 de 05.08.1988 a substituiu por "remissão à liberdade"), "porque em face de um homem assistido pela presunção de inocência repugna que se diga *provisório* o estado de liberdade e então *estado normal* o estado de detenção". Veja-se, ademais, de F. Carrara, *Immoralità del carcere preventivo*, *Opuscoli*, cit., IV, p. 299-305 e ss.; idem, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena*, ibidem, II, p. 495-501. De "lenta tortura do tempo" em lugar de "tortura real" fala também, a propósito da prisão antes do julgamento, N. Nicolini, ob. cit., p. 506; do mesmo modo, G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., liv. IV, cap. XII, p. 204-205, que qualifica a "solidão a que convém reduzir um homem de modo a tolher-lhe o meio de dar ou receber notícia de um fato, do qual

se quer conhecer a verdade mais genuína possível" como "ao mesmo tempo uma pena... e um meio de extorsão equiparado à tortura".

(41) A expressão é de F. Carrara, *Programma*, cit., par. 896, p. 392.

(42) A passagem é citada por F. Saluto, *Commenti al Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia*, Bocca, Torino, 1882, II, p. 390.

(43) T. Hobbes, loc. ult. cit.

(44) *Dei delitti e delle pene*, cit., XXIX, p. 70. Tal afirmação de Beccaria foi criticada por um opúsculo de A. Giudici, *Apologia della giurisprudenza romana, o note critiche al libro intitolato: Dei delitti e delle pene*, Galeazzi, Milano, 1784, no qual se sublinha, entre outras coisas, que "somente nos tempos da tirania bastava a acusação para aprisionar um cidadão" (p. 130).

(45) *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. VII, p. 374.

(46) B. Constant, loc. ult. cit. E ainda mais genericamente, no *Corso di politica costituzionale*, cit., *Sviluppamenti*, XIV, p. 203, Constant admite que a detenção "antes do julgamento é necessária como medida de segurança".

(47) J. Bentham, loc. ult. cit.

(48) *Considerazioni*, cit., XXX, p. 154-155. Na reforma processual por ele propugnada, Pagano propôs portanto a prisão preventiva para os delitos mais graves, isto é, "quando a pena for de dez anos de prisão maior" (ibidem, XXXII, p. 166); a liberdade com fiança (ou ainda sem, se se trata de possuidor sobre cujos bens poderá o Estado voltar-se em caso de fuga) para os delitos punidos com menos de dez anos (ibidem, p. 165); a liberdade incondicional quando "o acusado nada possuía, nem possa dar algum fiador" para os delitos punidos com até três anos (ibidem, XXXIII, p. 172); e, além disso, que a "qualquer réu", se "pedir em vez do cárcere a custódia por soldados em sua própria casa, a suas expensas, conseguindo a segurança, deve-se concordar" (ibidem, p. 175). Sem contar a proposta do banimento e do exílio para os suspeitos de delitos graves (ibidem, XXX, p. 156), já recordada na nota 17. Por fim, um substancial apoio à custódia preventiva é expresso em *La logica dei probabili*, cit., XVII, p. 48, em que a propósito dos delitos de lesão Pagano se empenha em um complicado raciocínio sobre a probabilidade da morte ou das seqüelas graves da vítima ou de seu restabelecimento como critérios para manter ou não o imputado em estado de custódia preventiva. Vejam-se também, a favor da custódia preventiva, apesar das palavras aqui reportadas à nota 40, N. Nicolini, loc. ult. cit., que todavia a admite só como expediente "brevíssimo e nunca tormentoso"; e, mais desconcertante que todos, G. Carmignani, ob. cit., liv. IV, p. 213-214, para quem, já que se pode dizer que o uso do cárcere secreto "como *experimento* ou do imputado ou da testemunha... equivale à antiga tortura", "esses malditos nomes não alteram a índole de coisas não malditas": "Quando um homem é considerado como meio de prova nas respostas às interrogações que se lhe fazem", afirma Carmignani, ilustrando com brutal franqueza as assim chamadas finalidades instrutórias do instituto, "se esse homem com suas respostas críticas parece exprimir a falsidade, torna-se um documento suspeito, e assim como as regras ordinárias da prudência obrigam a manter sob custódia um documento escrito de fé equivocada e a não confiá-lo àqueles que ao produzi-lo fazem nascer a suspeita de ter desejado nos enganar, do mesmo modo obrigam a vigiar um documento falante. Assim como soaria absurdo dizer que esse expediente é um experimento com o documento escrito e que custodiá-lo seria torturá-lo, do mesmo modo seria absurdo dizê-lo relativamente ao documento que fala". Naturalmente, essa tese supõe outra, de origem francamente inquisitória, segundo a qual o imputado não tem o direito de calar ou de responder o falso: "para destruir esse raciocínio", prossegue Carmignani, "conviria provar que um homem interrogado no juízo penal deva gozar de uma liberdade ilimitada de responder segundo sua vontade; que qualquer que seja o meio voltado a mantê-lo no caminho da verdade, se for atentatório à sua liberdade, é abusivo e tirânico: proposição extravagante e absurda que tenderia a suplantar o direito de interrogar assim como o direito de obter respostas coerentes com a verdade".

(49) *Programma*, cit., par. 897, p. 394-395. Essa função trivalente da prisão preventiva havia sido expressa sinteticamente pela definição dada por Faustin Hélie como "une mesure de sureté, une garantie de l'exécution de la peine, et un moyen d'instruction" (*Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du Code d'Instruction Criminelle*, vol. V, De l'instruction écrite et de la détention préalable, Hingray, Paris, 1853, cap. XIV, par. 379, p. 748); a mesma fórmula é retomada por G. Burdeau, *Les libertés publiques*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1972, p. 152.

⁽⁵⁰⁾ A crise do princípio, que como foi visto chega à sua negação, é uma explícita consequência da ideologia fascista da funcionalização do indivíduo em relação ao Estado: cf., por exemplo, V. Manzini, ob. cit., p. 183: “O Estado fascista, diferentemente do Estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade”; e quase com as mesmas palavras D. Pafundi, *Mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparizione*, *Nuovo digesto italiano*, cit., VIII, 1939, p. 97: “A tutela da liberdade individual, segundo a concepção fascista e contraposta à do Estado democrático-liberal, não é um direito preeminente do indivíduo, mas uma concessão que o Estado faz ao indivíduo em relação e em subordinação ao interesse social”. São teses que ecoam do *Discorso* do ministro Alfredo Rocco, pronunciado em Perugia em 30.08.1925 e relembrado tanto por Manzini como por Pafundi: “A fórmula das doutrinas democráticas, liberais e socialistas: a sociedade pelo indivíduo, o fascismo substitui por outra: o indivíduo pela sociedade. Mas com a diferença de que, enquanto aquelas doutrinas anulavam a sociedade no indivíduo, o fascismo não anula o indivíduo na sociedade. Subordina-o... A liberdade, portanto, dá-se ao indivíduo e aos grupos no interesse social. Como todos os direitos individuais, também a liberdade é uma concessão do Estado”.

⁽⁵¹⁾ V. Manzini, *Trattato*, cit., III, p. 467.

⁽⁵²⁾ G. Novelli, ob. cit., p. 514.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*. Novelli, após ter caracterizado a custódia preventiva “como um instituto ao mesmo tempo processual e carcerário”, identifica-lhe unicamente finalidades de defesa social, indicando como pressupostos “fundamentais” só “a gravidade do delito e a periculosidade do imputado”. Posições não muito diversas, de resto, foram expressas também após a Constituição: vejamos as obras citadas na nota 68 sobre as funções de defesa social da custódia preventiva e, em particular, pelo seu extremismo, G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1965, I, p. 526, para quem a prisão preventiva teria o escopo de assegurar “o imediatismo ou, seja como for, a presteza do efeito reativo da coletividade juridicamente organizada em relação do delito cometido”; e C.U. Del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Utet, Torino, 1962, p. 75 e ss., que igualmente exalta sua “função exemplar...”, tanto mais temível quanto mais golpeia a flagrância do delito ou momentos após o mesmo”, assim como a função “de antecipação do efeito intimidativo da pena” e de reparação à “perturbação causada pelo delito”. A propósito dessa função sedativa ao alarme social – que traz à baila as doutrinas entusiásticas da pena e outras terroristas da intimidação por meio do exemplo, com o agravante de que aqui não se trata nem mesmo de pena mas de prisão *ante iudicium* – Vittorio Grevi relembra o art. 5 da lei nazista de 28 de junho de 1935, que introduziu como motivo autônomo de captura o fato de que, “pela gravidade da ação cometida e pela excitação da opinião pública por ela provocada, não seria tolerável deixar o imputado em liberdade” (ob. cit., p. 32).

⁽⁵⁴⁾ A exceção era representada pelos sujeitos indicados pelo art. 206 do Código de Processo: “Os ociosos, vagabundos, mendigos e outras pessoas suspeitas” porque “difamadas por crimes ou delitos” e “os já condenados a penas criminais”. Só a estes últimos era estabelecido pelo art. 182, no caso de delitos punidos com penas “maiores de três anos”, o mandado de prisão obrigatório, previsto aos outros sujeitos como facultativo. Para os delitos punidos com pena inferior o mandado de prisão era, ao contrário, excluído, exceto para os mesmos sujeitos do art. 206 aos quais era previsto como facultativo.

⁽⁵⁵⁾ Os arts. 325-327 do Código de 1913 estabeleceram, apenas para a fase instrutória, prazos máximos de prisão preventiva extraordinariamente breves, se comparados com os longos anos da futura disciplina: vinte dias para os delitos de competência do juiz, cinquenta dias para os de competência do tribunal e noventa para os de competência da *Corte d'Assise* em todos os casos em que era admissível a liberdade provisória (excluída somente depois da instauração do processo e só para os delitos punidos com pena não inferior no mínimo a três anos”); e trinta dias para os delitos de competência do juiz, cem para aqueles de competência do tribunal e cento e oitenta para os de competência da *Corte d'Assise* nos casos em que a liberdade provisória não era admissível. Todos esses prazos eram prorrogados por no máximo o dobro, sendo que os últimos dois casos por um ano, mediante requisição do inquiridor motivada pelas “dificuldades das investigações” e mediante decisão igualmente motivada da acusação. O resultado era que a duração máxima da prisão preventiva era de seis meses para os delitos mais graves, prorrogável por até um ano por provimento motivado. Sobre as experiências da prisão preventiva entre os Códigos de Processo de 1865 e 1913, cf. G. Amato, ob. cit., p. 191 e ss.; V. Grevi, ob. ult. cit., p.

8-13. Vejam-se também, sobre a disciplina da custódia preventiva no Código de 1865 e na lei de 30 de junho de 1876, F. Saluto, *Commenti*, cit., II, p. 389-568; e sobre a prisão preventiva no Código Finocchiaro Aprile de 1913, S. Longhi, *Commento*, cit., p. 954-1037.

⁽⁵⁶⁾ O Código de Processo Penal de 1913, assim como o de 1865, não só tinha previsto como regra apenas a prisão facultativa – estabelecendo-a como obrigatória apenas aos imputados “submetidos” a medidas de prevenção, ou sem “domicílio ou residência fixa”, ou reincidentes reiterados ou específicos (art. 314) – mas havia também, no art. 313, restringido fortemente seus pressupostos: não mais os delitos punidos com pena “maior de três anos” mas aqueles punidos com pena “não inferior no mínimo a três anos”, além de variados delitos graves previstos especificamente. Por outro lado, o Código Rocco estabelecera, na formulação originária do art. 253, a obrigatoriedade do mandado de prisão para todos os delitos contra a personalidade do Estado punidos com a “reclusão não inferior no mínimo a dois anos e no máximo a dez” e para todos os delitos comuns punidos com pena “não inferior no mínimo a cinco anos ou no máximo a dez”; e alargou o mandado de prisão facultativo a todos os delitos cuja pena tipificada fosse “não inferior no mínimo a um ano e no máximo a três anos” (ou, se culposos, “no mínimo a dois anos e no máximo a cinco”), assim como a todos aqueles (qualquer que fosse a pena prevista) atribuídos às pessoas indicadas no art. 314 do Código de 1913. Sobre as sucessivas e trabalhadas vicissitudes do instituto e sobre sua disciplina atual, veja-se, *infra*, o parágrafo 47.

⁽⁵⁷⁾ A previsão de limites máximos e peremptórios à duração da prisão preventiva, que seria depois prescrita pelo art. 13 da Constituição, foi julgada “aberrante e insidiosa” pela Exposição de Motivos do projeto preliminar (*Relazione sul progetto preliminare*), à medida que “golpeia o interesse público e não o magistrado que tenha descuidado do zelo devido no cumprimento de seu próprio dever”.

⁽⁵⁸⁾ “Os indivíduos”, afirma a Exposição de Motivos do projeto preliminar (*Relazione sul progetto preliminare*) sustentando essa discriminação, “têm um diverso valor moral e social, e alguns nem sequer o têm; seria portanto incoerente, imoral e antijurídico tratar todos sem distinção, especialmente quando se trata de aplicar restrições cautelares, manifestamente inúteis e portanto iníquas em relação a todos que por suas qualidades pessoais dão sérias demonstrações de submissão à Autoridade judiciária. Na delicadíssima matéria da liberdade pessoal do imputado, o novo Código se inspirou por esse motivo na mais inflexível severidade para os não merecedores de toda consideração e em uma iluminada humanidade para aqueles aos quais, devido a particulares condições pessoais ou pelas circunstâncias de fato, a equidade aconselha um tratamento mais moderado”.

⁽⁵⁹⁾ O texto originário do art. 272 do CPP se limitava a estabelecer que quatro meses após a detenção (trinta dias para os delitos de competência do juiz singular) o juiz instrutor “deve fazer menção” sobre os motivos do atraso ao Presidente do Tribunal, o qual “toma as providências oportunas para acelerar o procedimento e, quando for o caso, para apurar a responsabilidade pela demora”. Uma garantia processual do imputado era assim substituída por uma acentuação da organização hierárquica dos órgãos judiciários: “Abolida porque aberrante e insidiosa a prefixação de prazos peremptórios”, disse a citada Exposição de Motivos (*Relazione*), “concluo que o meio mais lógico e eficaz para prevenir os injustificados atrasos seja a vigilância disciplinar, no exercício da qual os magistrados aos quais ela é confiada saberão responder com enérgica diligência e com a confiança que lhes honrará a lei... Tolerando ao juiz a preocupação com a decadência dos prazos (para o desencarceramento automático), torna-se-lhe presente a *responsabilidade disciplinária* que ele assume se não procede com a devida diligência e rapidez”. As mesmas argumentações são retomadas sem reflexão ou acréscimo por V. Manzini, ob. cit., III, p. 487-488, e por G. Novelli, ob. cit., p. 514-515. Ainda mais crédulo é U. Aloisi, *Gli studi di diritto penale e processuale in Italia nel ventennio fascista, Il pensiero giuridico italiano*, Roma, 1941 (citado por V. Grevi, ob. cit., p. 18): “O legislador tem confiança na abnegação dos seus juizes” e portanto “na prática resultará via de regra justificado o retardamento na conclusão da instrução”.

⁽⁶⁰⁾ “Contra a ordem pela qual o juiz dá provimento ao pedido de desencarceramento”, afirma a *Relazione al re del Ministro Guardasigilli*, par. 103, “cabe apelo apenas do Ministério Público. A Comissão Parlamentar propôs que se permitisse também ao imputado a impugnação da decisão que nega tal pedido. Mas eu considere que não se pode admitir que o imputado, na fase instrutória, tenha de discutir se há ou não indícios suficientes contra si próprio, porque ele pode não ter notícia de todos os indícios existentes. Quando se trata de estabelecer se a lei permite ou não o mandado de prisão, é igualmente de se observar que não cabe ao imputado determinar o título do delito sobre o qual se funda a acusação”.

⁽⁶¹⁾ A Lei 517, de 18.06.1955, estabeleceu, exclusivamente para a fase instrutória, os limites máximos da prisão preventiva: três meses para os delitos mais leves e dois anos para os mais graves. Sucessivamente, com o DL 192, de 1.º.05.1970, foi estabelecido o desencarceramento do imputado se depois do dobro dos prazos máximos previstos para a fase instrutória não tivesse ocorrido a sentença definitiva. Das inumeráveis modificações sucessivas desses prazos falarei no parágrafo 47.

⁽⁶²⁾ Cf. G. Amato, ob. cit., p. 423-424; V. Grevi, ob. cit., p. 131-142; G. Illuminati, ob. cit., p. 52; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 107-108 e 136 e ss. Contra o mandado de prisão obrigatório se pronunciaram também G. Vassalli, *La riforma della custodia preventiva*, *Rivista di Diritto Processuale Penale*, 1954, p. 350 e ss.; G. D. Pisapia, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, p. 77 e 86; E. Amodio, *La tutela della libertà personale*, cit., p. 864; M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 4; idem, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, *Indice penale*, 1970, p. 192. No entanto, a essa orientação da doutrina a jurisprudência sempre se opôs, tanto a da Cassação (a respeito da qual vejamos os numerosos pronunciamentos mencionados por V. Grevi, ob. cit., p. 132-133 e por F. Cordero, loc. ult. cit.), como a da Corte Constitucional (Sentenças 64, de 04.05.1970, 21, de 30.01.1974, e 1, de 23.01.1980).

⁽⁶³⁾ Mas já o art. 1.º, par. 3.º, da Lei Real (n. 152, de 22.05.1975) havia estabelecido que “ao conceder-se a liberdade provisória, nos casos em que é permitida, o juiz valora de modo... que não subsista a probabilidade, em relação à gravidade do delito e à personalidade do imputado, de que este, deixado livre, possa cometer novamente delitos que ponham em perigo as exigências de tutela da coletividade”. Sobre a “a venturosa história da prisão preventiva em nosso país, cf., de F. Cordero, *Procedura*, cit., p. 105-166; idem, *Criminalia*, cit., p. 98-104; idem, *Guida alla procedura penale*, Utet, Torino, 1986, p. 259-262.

⁽⁶⁴⁾ Vejamos, com matizes e acentuações diversas sobre a preeminência de um ou outro dos dois perigos, G. De Luca, *Custodia preventiva*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XI, 1962, p. 588-589; G. Amato, ob. cit., p. 380-383; V. Grevi, ob. cit., p. 40-69; G. Illuminati, ob. cit., p. 41-49; F. Cordero, *Guida*, cit., p. 258-259. Grande parte da doutrina, no entanto, permaneceu ancorada à idéia carrariana da função trivalente da custódia preventiva, compreendida a de defesa social: cf., *infra*, a nota 68.

⁽⁶⁵⁾ *Trattato*, cit., vol. I, p. 181.

⁽⁶⁶⁾ Assim Giulio Illuminati, que, além de estigmatizar como “tendenciosas” as “interpretações que se atenam à letra da disposição constitucional, para levá-la a extremas consequências e fazer explodir a contradição assinalada” (ob. cit., p. 34), adverte, mais além: “Se portanto se pode afirmar com segurança suficiente que a Constituição exclui completamente toda função de prevenção geral ou especial atribuível à prisão preventiva, as numerosas dúvidas que recaem sobre as outras hipóteses estudadas pareceriam impedir uma razoável solução do problema. Com o resultado de que se poderia somente admitir a existência de uma contradição insanável, dando razão a quem sustentou que a presunção de inocência não encontra espaço em matéria de liberdade do imputado ou que, de qualquer modo, ela foi derogada pelo reconhecimento constitucional da prisão preventiva” (ibidem, p. 45).

⁽⁶⁷⁾ Essa falácia – fruto do já muitas vezes destacado constitucionalismo ético da nossa doutrina progressista, propenso a nivelar na Constituição o horizonte axiológico da ciência e da crítica do direito positivo vigente – é encontrável na programática renúncia a toda valoração sobre a coerência do instituto da prisão preventiva com o conteúdo dos princípios professados, uma vez admitida a “compatibilidade” com o art. 27, *caput*, da Constituição. Vejamos, por todos, G. Illuminati, loc. ult. cit., e V. Grevi, ob. cit., p. 39 e ss. e 56. Assim o apelo da Constituição, que, além da presunção de não culpabilidade, menciona a prisão preventiva dos arts. 13 e 68, par. 2.º, ainda que só para delimitá-la, acabou por funcionar como fator de legitimação política – e não só jurídica – e de paralisia da crítica ao instituto.

⁽⁶⁸⁾ A função polivalente da custódia preventiva já indicada por Carrara, e em particular a de prevenção de novos delitos por parte do imputado, foi sustentada por uma amplíssima parte da doutrina: G. Vassalli, *La riforma della custodia preventiva*, cit., p. 319; P. Pezzatini, *La custodia preventiva*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 59 e 122; L. Granata, *La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 47; G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1961, p. 259; C.U. Del Pozzo, loc. cit.; G. Foschini, loc. cit.; T. Grimaldi, *La libertà personale dell'imputato e le sue garanzie costituzionali*, *Temì napoletani*, 1962, III, p. 309 e ss.; A. Marucci, *Polemiche vecchie e nuove sulla custodia preventiva*, *Giurisprudenza italiana*, 1971, II, p. 145 e ss.; A. Malinverni, *Prin-*

cipi del processo penale, Utet, Torino, 1972, p. 374 e ss.; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 1982, II, p. 246, nota, e 261-272. A função substancial de defesa social da prisão preventiva foi além disso endossada mais vezes pela jurisprudência constitucional (Sentenças 14, de 1974, 88, de 1976, e 1, de 1980), nas quais se apoiou totalmente a jurisprudência da Corte de Cassação: até mesmo a célebre Sentença 64, de 04.05.1970, depois de ter admitido que “a detenção preventiva é disciplinada de modo a não contrastar com uma das fundamentais garantias da liberdade do cidadão, a presunção de não culpabilidade do imputado”, e que portanto “é predisposta unicamente em vista da satisfação de exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo”, declara contraditoriamente que “não se pode excluir que a lei possa (dentro dos limites controláveis de razoabilidade) presumir que a pessoa acusada de crime particularmente grave, do qual haja suficientes indícios de culpabilidade, esteja em condições de pôr em perigo aqueles bens em cuja tutela a detenção preventiva é predisposta”. Para uma crítica de tais finalidades preventivas, cf., além das obras citadas na nota 64, G. D. Pisapia, *Orientamenti*, cit., p. 79; M. Pisani, *La custodia preventiva*, cit., p. 190; A. Ghiara, ob. cit., p. 89; M. Valiante, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 307 e ss.; G. Galli, *Delitti di violenza e tutela delle vittime*, *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 103.

⁽⁶⁹⁾ Nesse sentido, cf., portodos, V. Grevi, ob. cit., p. 52-54; idem, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 61 e ss.; G. Illuminati, ob. cit., p. 44-45. Ao tema foi dedicado o parágrafo 41.4.

⁽⁷⁰⁾ *Programma*, cit., II, par. 898, p. 398. “Constranger o réu a confessar seja por meios de aflições físicas”, prossegue Carrara, “ou por meios de aflições morais e do desespero de não ver jamais o término de um estado de isolamento tornado horrível é sempre tortura: é a tortura praticada no século XIX. Eu concordo em absoluto que a eterna *masmorra*, da qual o indivíduo solitário não vê o término exceto mediante confissão, seja, pela experiência mostrada, utilíssima a esta. Mas digo por outro lado que é iníquo atingi-la por esses meios; que a *experiência* mostra igualmente que com tais meios se faz o inocente confessar não menos que o culpado e que a *masmorra* usada para esse fim carrega o absurdo e o vício de deixar incerta a veracidade da confissão”.

⁽⁷¹⁾ *Traité des preuves judiciaires*, cit., liv. III, cap. XIV, p. 298.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*. “Ele poderá lamentar algum mal-entendido”, prossegue Bentham, “alguma omissão, mudar algum detalhe; mas o seu depoimento original é um documento com o qual deverão ser confrontados todos os depoimentos posteriores; e admitido que haverá variações consideráveis, ver-se-á facilmente em qual está a verdade e em qual está a mentira”.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ *Commentario intorno al libro dei delitti e delle pene*, cit., XXII, p. 645-646.

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁶⁾ “Se esse homem, fugindo ao juízo, desaparece, então a pena, o perpétuo banimento da pátria, a perda dos seus bens equivale à pena que ele devia sofrer. Exilado e mendicante, passando de uma certa e segura para uma dúbia e penosa existência, expiará seu delito” (F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXXII, p. 165-166).

⁽⁷⁷⁾ “Quanto mais à pena falta certeza, mais se lhe acresce severidade... É portanto igualmente verdade que quanto mais se consegue aumentar a certeza da pena, tanto mais se lhe pode reduzir a medida. É essa a vantagem que proviria de uma legislação simples e de um bom processo” (J. Bentham, *Principes du code pénal*, cit., III parte, cap. II, p. 156). A tese retoma a célebre máxima de Beccaria: “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade da pena, mas a infalibilidade delas” (ob. cit., XXVII, p. 59).

⁽⁷⁸⁾ Não faltou quem teorizasse explicitamente o valor dessa presteza e infalibilidade da prisão preventiva: recordem-se as teses de Foschini e de Del Pozzo citadas na nota 53.

⁽⁷⁹⁾ Cf., *infra*, as notas 12 e 13 do capítulo 11.

⁽⁸⁰⁾ “Nenhum criminoso, de qualquer condição que seja, pode ser isentado das formas da justiça ordinária, nem evitar as penas que lhe impõem as leis ou os estatutos do reino”: que quer dizer não só a não derrogação do juízo e portanto a ilegitimidade das imunidades pessoais, de que tratarei mais adiante, mas também a não derrogação da jurisdição “ordinária” e portanto a proibição de juízos extraordinários ou *post factum* que, como veremos no parágrafo 40.5, é um dos conteúdos da garantia do juiz natural. Do ponto de vista do juiz, o princípio da não derrogação do juízo se encontra, ao invés,

expresso pela primeira vez, sob forma de proibição de denegação de justiça, no art. 4.º do Código napoleônico: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado por denegação de justiça”.

⁽⁸¹⁾ *Programma. Parte speciale*, cit., I, p. 22.

⁽⁸²⁾ *Considerazioni*, cit., V, p. 27. O mesmo ataque à ilusão panjudicialista está em G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XXVII, p. 505, e em F. Carrara, *Programma. Parte speciale*, cit., I, p. 22.

⁽⁸³⁾ G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, cit., parte II, par. I, p. 388.

⁽⁸⁴⁾ A correlação entre sistema acusatório e regime democrático e entre sistema inquisitório e regime absolutista e o conseqüente “caráter ao mesmo tempo jurídico e político” da ciência processualista foram sublinhados com força por L. Lucchini, *Elementi*, cit., p. 19, e ainda antes por G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. IV, p. 46 e ss. (que todavia propugnou, como se verá na nota 102, um singular modelo garantista-inquisitório), e por F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, p. 297 e ss. Esse nexos foi eficazmente sustentado, por último, por F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 17 e ss. Sobre a ideologia do *adversary system*, cf. M. Taruffo, *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*, Cedam, Padova, 1979, cap. V, p. 259 e ss.

⁽⁸⁵⁾ O caráter acusatório do processo nos antigos ordenamentos – entre os hebreus, os egípcios, os gregos e sobretudo os romanos – é recordado por G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. II, p. 333 e ss., e cap. III, p. 344-346, e por G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. IV, p. 37 e ss., e cap. XIV, p. 236 e ss. Sobre o processo acusatório ateniense, vejam-se J. J. Thonissen, *Le droit pénal de la République Athénienne*, cit.; F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., par. 841, p. 297; G. Vacca, *Atto d'accusa, Il digesto italiano*, cit., VI/2, 1893, p. 326; A. Biscardi, *Diritto greco antico*, cit., p. 297-301. Sobre o processo acusatório na Roma republicana e na primeira era imperial, cf. T. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., I, p. 202-257, e II, p. 34-114; F. Carrara, ob. cit., 861, p. 324 e 334 e ss.; L. Lucchini, ob. cit., p. 31-34; G. Vacca, ob. cit., p. 326-328; S. Longhi, ob. cit., p. 6-9; V. Manzini, ob. cit., I, p. 3 e ss.; P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, reimpr. da 4.ª ed. (1934), Giuffrè, Milano, 1959, I, p. 446-453; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* (1937), 4.ª ed., Jovene, Napoli, 1945, p. 146 e ss.; G. Pugliese, *Processo privato e processo pubblico* (1948), *Scritti giuridici scelti*, cit., I, p. 1-17; idem, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, cit.; ibidem, p. 657-659; P. Fiorelli, *Accusa e sistema accusatorio. Diritto romano e intermedio, Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, p. 330-332. Vejam-se também, *supra*, as referências contidas no parágrafo 10.4 e nas notas ali inseridas.

⁽⁸⁶⁾ Do caráter público e popular das antigas magistraturas penais na Grécia e em Roma tratarei no parágrafo 40.1. Quanto à legitimação ativa no primitivo processo romano, existiu, seguramente, à parte o processo acusatório e substancialmente privado *per leges actiones*, um processo de qualificação incerta – chamado *coercitio* ou *animadversio*, ou ainda *cognitio*, mas nunca *iurisditio* – caracterizado em sentido inquisitório pela iniciativa de ofício de um magistrado que concentrava para si também as funções de juiz; mas tal processo foi rapidamente envolvendo-se, por meio da *provocatio ad populum*, no processo comicial [*comizio* = assembleia da antiga Roma], baseado na total separação entre juiz e acusação. O juízo penal ordinário foi, ao invés, articulando-se em dois tipos de processos, ambos acusatórios e respectivamente regulados, no ano 17 a.C., pela *lex Iulia iudiciorum privatorum* e pela *lex Iulia iudiciorum publicorum: iudicia privata*, cuja iniciativa era atribuída exclusivamente à parte ofendida, e *iudicia publica*, que podiam ser promovidos pelos *quivis ex populo* (cf. G. Pugliese, *Processo*, cit., p. 6-23 e 29-30). Além disso, apesar de *quivis ex populo*, o cidadão acusador nos *iudicia publica* obtia do Pretor uma *lex*, ou autorização, que o investia dos poderes inquisidores de coleta das provas e até mesmo de prisão cautelar: é o que ocorreu no célebre processo intentado por Cícero contra Verre e recordado por F. Carrara, ob. cit., par. 844, p. 300-301. Sobre a ação popular em Roma, introduzida provavelmente por uma *lex Servilia* de 111 a.C., veja-se a literatura mencionada na nota 109.

⁽⁸⁷⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., IX, p. 51-52, destaca o mais importante caso de inquisição (à parte as antigas formas de *cognitio* rememoradas pela nota anterior) no processo promovido por Cícero, dessa vez no papel de cônsul, contra a conjura de Catilina. “Mas sob os mais cruéis imperadores”, ele acrescenta imediatamente, “como cresceu a suspeita das conjuras, assim também ganhou um novo vigor o sistema da inquisição”, cujas “origens” foram portanto “a desconfiança dos Imperadores, que quanto

mais se estimavam indignos do amor público também mais recebavam as conjuras ocultas,... mas também ao custo da perda do zelo público e do amor ao bem comum com a perda da liberdade”.

⁽⁸⁸⁾ Ibidem, p. 52-53. “Na república livre”, prossegue Pagano, “o zelo pelo bem público instigava os cidadãos à acusação... quando a autoridade estava nas mãos do povo, os caluniadores não eram perseguidos pelo governo. O povo não temia, nem procurava com a calúnia oculta desfazer-se de cidadãos suspeitos. Mas aqueles que modificaram o Estado, não podendo sempre se valer da violência aberta, recorreram à calúnia. Surgiu o infesto gênero dos denunciante. Portanto, para que os delitos, com a escravidão não pouco multiplicados, não remanescessem impunes, foi conveniente que as leis encarregassem os magistrados da busca dos delitos ocultos”. Os mesmos nexos entre liberdade pública e virtude civil na República livre e entre delação e oportunismo baixo durante o Império foram destacados por Montesquieu, que trouxe, como se verá na nota 111, a predileção pelo instituto do Ministério Público: “A Rome il étoit permis à un citoyen d’en accuser un autre. Cela étoit établi selon l’esprit de la république, où chaque citoyen doit avoir pour le bien public un zèle sans bornes; où chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains. On suivit sous les empereurs les maximes de la république; et d’abord on vit paroître un genre d’hommes funestes, une troupe de délateurs. Quiconque avoit bien des vices et bien des talents, une âme bien basse et un esprit ambitieux, cherchoit un criminel, dont la condamnation pût plaire au prince: c’étoit la voie pour aller aux honneurs et à la fortune” (“em Roma era permitido a um cidadão acusar outro. Isto fora estabelecido segundo o espírito da República, pelo qual cada cidadão podia zelar sem limites pelo bem público; pelo qual cada cidadão presume ter todos os direitos da pátria em suas mãos. No Império foram seguidas as máximas da República; E, de início, viu-se aparecer um gênero de homens funestos, de delatores. Quem quer que tivesse vícios ou talentos, uma alma caída e um espírito ambicioso, procuraria um criminoso cuja condenação pudesse agradar o Príncipe. Este era o caminho para as honras e a fortuna”) (*De l’esprit*, cit., liv. VI, cap. VIII, p. 317).

⁽⁸⁹⁾ Sobre o processo inquisitório na Roma imperial, desenvolvido sob muita resistência a partir do século III nas formas da *cognitio* extraordinária, cf. ainda G. Pugliese, *Processo*, cit., p. 31 e ss.; idem, *Linee generali*, cit., p. 651-720; P. Bonfante, ob. cit., I, p. 454 e ss.; V. Arangio-Ruiz, ob. cit., p. 271-275. Sobre a proibição de tortura na era republicana e sobre sua introdução na era imperial – inicialmente, a partir do Principado de Tibério, só para os imputados e, depois, com Sétimo Severo, também para as testemunhas – vejam-se, além dos títulos *De quaestionibus* in D. 48.18 e CI. 9.41, as fontes reportadas por N. Nicolini, ob. cit., p. 375-380, in T. Mommsen, ob. cit., II, p. 80-84, e por V. Manzini, ob. cit., p. 5, e in P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria*, cit., I, p. 16-52. Também na era imperial, ademais, fez-se uso da tortura com cautela e desconfiança: “In criminibus eruentis quaestio adhiberi solet. Sed quando, vel quatenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum, et divus Augustus constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam” (Ulpiano, *8 de officio proconsulis*, 48.18.1. pr.): “Quaestioni fidem non semper, nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt; alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint; ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminarent. Praeterea inimicorum quaestioni fides haberi non debet quia facile mentiuntur” (ibidem, 48.18.1.23). Só para os crimes de lesa-majestade a tortura não foi a exceção mas a regra: “Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personam Principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur”, ainda que se tratasse “de minore quattuordecim annis” para o qual, nos delitos comuns, “quaestio habenda non est” (Charisius, *Sing. de testibus*, 48.18.10. pr. -1).

⁽⁹⁰⁾ A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., parte I, p. 336 e ss.; G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., I, p. 207-344 e 415-423. Sobre os juízos das ordálias, vejam-se também os escritos referidos pela nota 30 do capítulo 3.

⁽⁹¹⁾ Veja-se o parágrafo 10.4, em particular as notas 41-52. Sobre o processo acusatório medieval, cf. V. Manzini, ob. cit., I, p. 23-31, que sublinha o amplo espaço que naquele tempo teriam tanto a escritura como o segredo; G. Vacca, ob. cit., p. 328-330; G. Salvioli, ob. cit., II, p. 349-356; P. Fiorelli, *Accusa*, cit., p. 332-334; G. Alessi, *Processo penale (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVI, 1987, p. 363-368.

⁽⁹²⁾ Sobre as tradições do processo penal inglês, amplas referências são oferecidas por W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Clarendon Press, Oxford, 1765-1769, IV; K. J. Mitter-

maier, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit, und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in der verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt* (1845), trad. it., *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni*, Calderini e Zanichelli, Modena, 1852, p. 43-64 e passim; J. F. Stephen, *A history of the criminal law of England*, cit.; W. S. Holdsworth, *A history of english law*, Methuen, London, 1903, vols. I, IX e XII; S. F. Harris, *Principii di diritto e procedura penale inglese*, trad. it. da 6.ª ed. inglesa de E. Bertola, Tedeschi, Verona, 1898, p. 200-346; D. Veall, *The popular movement for law reform. 1640-1660*, cit., p. 17 e ss., em que são evidenciados os lineamentos inquisitórios (segredo, forma escrita, falta de contestação do ato de acusação ao imputado) assumidos no século XVII também pelo processo inglês. Sobre o hodierno *adversary system* anglo-saxão, cf. N. Fini, *Appunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio*, *Archivio penale*, 1965, p. 40-96; A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 189-205; idem, *Prova (filosofia)*, cit., p. 547-549; M. Scaparoni, *'Common law' e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974; M. Taruffo, *Il processo civile 'adversary'*, cit., p. 233 e ss.; G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, I, estes últimos com ampla alusão à literatura inglesa e americana.

⁽⁹³⁾ F. M. Pagano, ob. cit., XI, p. 64-67, que acentua o retrocesso bem maior que teve o processo na Roma imperial do período fredericiano com respeito à inquisição da *cognitio extra ordinem*: “A primeira não teve outra função senão suprir a falta dos acusadores. Não produziu outra desordem senão a prisão do cidadão apenas com base no informe inquisitório. Não alterou a ordem dos juízos. Após o informe dos inquisidores o juízo começava desde o princípio com os Presidentes, e operava-se com as antigas formalidades. A inquisição entre nós introduzida por Frederico tomou o lugar do processo acusatório e com ela só se procedeu a condenações. Nem mesmo se concedia ao réu a faculdade de se defender, não se lhe entregando a cópia do processo inquisitório. Na terrível Constituição *Hi qui per inquisitiones* ordena-se que aos réus de fama ruim não se dê cópia do informe, mas apenas os nomes das testemunhas. Aqui está já introduzido o fatal arcano, o mortífero mistério, que sub-roga a publicidade dos juízos antigos pelo taciturno segredo”. Também Giovanni Carnignani e Francesco Carrara evidenciaram essa diferença entre os aspectos inquisitórios do processo romano na era imperial e a inquisição medieval, a ponto de identificar na *cognitio extra ordinem* antes uma antecipação do hodierno processo misto que um verdadeiro processo inquisitório (G. Carnignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. XVI, p. 283 e ss.; F. Carrara, ob. cit., par. 850, p. 308-309). Recorde-se que o processo inquisitório romano não conheceu o uso sistemático da tortura que ao contrário caracterizou a Inquisição medieval. De resto, como mostrou Carnignani, o processo acusatório romano foi também muito mais liberal e garantista que o de tradição inglesa (ob. cit., liv. IV, cap. XIV, p. 234-255).

⁽⁹⁴⁾ “Aquele zelo paterno que a nossa santa religião inspirou aos seus ministros, aquele ministério pastoral... degenerou com o tempo no espírito de inquisição, serviu igualmente à inocência e aos delitos fatais”, e “os ministros da religião, quando adquiriram o poder temporal, transformaram a vigilância pastoral em opressão inquisitória” (F. M. Pagano, ob. cit., XII, p. 70). Pagano recorda em particular os decretos *De accusationibus* de Inocêncio III, que “da vigilância pastoral deduziu o fatal direito de inquirir” fundando-o em apropriadas passagens do *Evangelho* e do *Gênesis*, assim como no XIII decreto, *De iudicis*, em que “o mesmo Inocêncio lança os fundamentos da monarquia universal, e à tiara tenta submeter o cetro, erigindo-se em juiz diante de um conflito entre os reis da França e da Inglaterra” e “diz que a qualquer fato humano em que haja pecado se estende a jurisdição papal, de modo que ~~dele não se conhece~~” (ibidem, p. 70-71). Sobre as origens da Inquisição eclesástica – cuja extensão em toda Idade Média Central será objeto de contínuos conflitos com as autoridades seculares, mas a que sempre pertencerão os delitos de heresia, sacrilégio, blasfêmia, bruxaria, bigamia e adultério – cf. G. Savioli, ob. cit., I, p. 358 e ss., que menciona como caso mais antigo um julgamento de 1198, por simonia, em que o papa foi *accusator et iudex*, o qual no entanto delegou a *inquisitio* ao bispo de Milão. Mas muito mais grave foi a *inquisitio haereticae pravitatis*, em vista da qual o Concílio de Verona de 1184 e depois o de Latrão de 1215 ordenaram que os bispos inspecionassem periodicamente suas dioceses e que fizessem jurar toda a população sob a presença de sujeitos suspeitos de heresia; e pela qual Inocêncio III ditou por seus decretos a primeira disciplina orgânica, completada em 1252 pela bula *Ad extirpanda* de Inocêncio IV, que prescrevia (par. 25) a tortura para os suspeitos de heresia. Sucessivamente, como foi dito na nota 86 do capítulo 7, o extermínio dos heréticos e das bruxas se desenvolveu sem freios, com base em colaboração e divisão de funções entre as autoridades eclesásticas e as autoridades seculares. Voltaire assim re-

corda o fanatismo furibundo que inspirou essa generalizada “caça aos heréticos e aos ímpios”, promovida pelos bispos com base em ardis e sofismas: “Todos eles gritavam *allali* de um canto a outro da Europa. Transformaram os príncipes em cães de caça que afundaram suas gargantas no sangue das presas perseguidas. E os príncipes que opuseram resistência foram eles mesmos sacrificados desde o imperador Henrique IV até o outro Henrique IV da França, o melhor dos reis e dos homens. Foi durante esses séculos de ignorância, superstições, fraudes e barbáries que a Igreja, que sabia ler e escrever, ditou as suas leis a toda Europa, que nada sabia exceto beber, combater e confessar aos párocos. A Igreja fez os príncipes jurarem que exterminariam todos os hereges: o que quer dizer que todo soberano jurou solenemente que mataria quase todos os habitantes do universo, visto que quase todos tinham uma religião diversa da sua. A heresia se tornou o crime mais grave... Queimavam-se inexoravelmente esses inimigos de Deus porque não se duvidava que Deus mesmo os teria queimado no além, conduzindo ao inferno os seus corpos terrenos, ou conduzindo suas almas invisíveis. Todos os juizes estavam certíssimos de que queimar os ímpios fosse conformar-se com Deus; de que com isso o inferno não lhes seria antecipado senão em poucos momentos; de que não existiria música celeste mais agradável a Deus, criador de nossa vida, que os urros de famílias inteiras de hereges em meio às chamas” (*Prix de la justice*, cit., art. VIII, p. 547-548). Veja-se também, de Voltaire, *Inquisition. Dictionnaire philosophique* (1769), Garnier, Paris, 1967, p. 252-255, em que é narrada a fraudulenta origem da Inquisição eclesiástica em Portugal.

⁽⁹⁵⁾ O princípio do caráter supletivo da Inquisição *ex officio* é enunciado por Andrea D’Isernia, *Commenta*, cit., p. 156: “Si accusator nolit persequi accusationem, iudex debet finire eam ex suo officio et punire accusatorem”, e repetido, também no século XVI, por H. De Marsiliis, *Practica causarum criminalium*, Officina Jacobi, Lugduni, 1535, *Postquam*, 92, f. 18r: “Pendente inquisitione, si ante sententiam superveniat accusatio, tunc cessat inquisitio tanquam remedium extraordinarium”. Vincenzo Manzini (ob. cit., p. 32) recorda além disso a Constituição *Cura nobis*, com o qual Roberto, rei de Nápoles, ordenou no início do século XIV que para os crimes públicos se procedesse de ofício quando não se apresentasse algum acusador ou delator. Outras fontes relativas ao mesmo princípio estão em A. Pertile, ob. cit., vol. VI, parte II, p. 10-12. De resto, também o primitivo processo barbaresco não foi, nos séculos XI e XII, propriamente suprimido, mas apenas “deixado à parte” e progressivamente substituído pelo processo romano-canônico (ibidem, parte I, p. 4).

⁽⁹⁶⁾ F. Chartarius, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum, libri quattuor*, editio secunda, apud Antonium Zannettum, Roma, 1594, liv. I, cap. I, p. 4.

⁽⁹⁷⁾ Sobre a difusão do processo inquisitório na Itália, Espanha e França, cf. G. Salvioli, ob. cit., p. 378 e ss.; sobre sua progressiva extensão a todos os crimes, exceto àqueles mais leves, veja-se A. Pertile, ob. cit., p. 2 e ss. Veja-se também G. Alessi, ob. cit., p. 370-383.

⁽⁹⁸⁾ Sobre a rede intrincadíssima das jurisdições e das competências, vejamos N. Nicolini, ob. cit., parte I, par. 280, p. 84 e ss., que elenca bem 86 magistraturas diversas funcionando em Nápoles antes da reforma de Ferdinando I; A. Pertile, ob. cit., vol. VI, parte I, p. 37-197; G. Salvioli, ob. cit., II, p. 95 e ss.; V. Manzini, ob. cit., I, p. 21-23; F. Cordero, *Criminalia*, cit., p. 75 e ss.

⁽⁹⁹⁾ As atrocidades do processo “inquisitorial” dos séculos XVI ao XVIII, e em particular a tortura, são objeto de uma literatura vastíssima. Basta aqui recordar – além dos escritos dos iluministas citados na nota 102 – C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, cit., p. 34-52 e 208-229; F. Carrara, ob. cit., par. 942, p. 459-462; A. Pertile, ob. cit., parte I, p. 427-460; G. Salvioli, ob. cit., II, p. 373-395 e 476-486; G. Andrich, *Tortura, Digesto italiano*, cit., XXIII/1, 1916, p. 1565 e ss.; U. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit.; V. Manzini, ob. cit., p. 31-61, e em particular, sobre a tortura, p. 41-45; F. Cordero, *Riti*, cit., p. 392-423 e 625-654; idem, *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari, 1984. Sobre a tortura vejamos também as notas 33 do capítulo 3 e 89, 94 e 274 do presente capítulo.

⁽¹⁰⁰⁾ São ainda palavras de F. M. Pagano, ob. cit., XIII, p. 71-74, que assim descreve a origem e o papel nefasto da casta forense e da cultura inquisitória ao tornar “complicada” a “simples máquina dos juízos públicos”: “Abolida a forma de pedir explicações com a espada nas mãos, e estabelecidos os juízos legais, necessário e apreciado se torna o estudo das leis. A espada sozinha comunicava antes a nobreza. A espada sucedeu a toga. Os doutores e os magistrados foram equiparados a guerreiros; obtiveram o precioso título de *Militi* [NT: *Militi*: referência a mérito, na Roma antiga]. Surgiu a milícia togada... Na falta das artes, do comércio, das ciências, no incremento da população, a qual estudo devi-

am dedicar-se os homens senão ao estudo da lei, que era o único que se conhecia então, e que levava à opulência e à glória? Eis a razão pela qual uma corrente de doutores inundou a Europa inteira. Mas sobretudo na Itália cresceram as milícias doutorais. A criatividade dos italianos exigia uma ocupação. Só os códigos e as glosas dos doutores a ofereciam. A Corte de Roma aspirava à monarquia universal. As suas armas eram as leis, as glosas, as cartas, pelas quais o estudo das leis foi cada vez mais promovido. A única ciência (se merece tal nome) que nos séculos bárbaros reinava era a Escolástica, que à Sofística dos antigos gregos e ao gênio erístico dos monges ociosos somava a barbárie e a aspereza dos povos setentrionais. Vazia de idéias sólidas, rica de sutilezas arábicas, a ciência havia se expandido incrivelmente. Os inumeráveis ociosos que se aquartelavam nos claustros para fugir do tédio [NT: it. *Noia*; esp. *aburrimiento*], indivisível pena do ócio, e para adquirir as honras do bacharelato ocupavam-se daquelas vãs sutilezas, e divagavam. Nós ressaltaremos em seguida o quanto prejudicou o processo essa Escolástica metafísica, que, infiltrando-se na Escolástica legal, dos claustros passou ao Fórum para lá recrutar atletas novatos. Às citadas razões universais se acrescentou ainda uma mais especial, isto é, o grande empenho dos espanhóis para introduzir os inquietos e obscuros engenheiros dos súditos nas redes do Fórum. Pelas mencionadas razões todo Fórum se transformou em devaneio forense”.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre o papel e as responsabilidades dos juristas – Claro, Ghirlando, Tabor, Carpvov, Alberto da Gandino, Farinaccio, Gomez, Menochio, Carerio, Follerio e outros – na barbarização das práticas inquisitórias e no desenvolvimento da tortura, são de se recordar as opiniões opostas de Pietro Verri e de Alessandro Manzoni. Segundo o primeiro, “nada está escrito nas nossas leis”, já que o uso da tortura foi “unicamente apoiado nas doutrinas dos criminalistas citados. Homens portanto obscuros, ignorantes e cruéis... com tristíssimo refinamento reduziram a sistema e gravemente divulgaram a ciência de atormentar os homens, com aquela mesma tranquilidade com que se descreve a arte de remediar os males do corpo humano: e foram obedecidos e considerados como legisladores; tornaram-se um sério e plácido objeto de estudo; foram acolhidos nas bibliotecas jurídicas os escritores cruéis que ensinaram a retalhar com laboriosa aflição os membros dos homens vivos e a refiná-la com a lentidão e com a soma de mais tormentos, de modo a tornar mais desoladora e aguda a angústia e o extermínio. Tais livros, que teriam com razão coberto seus autores de uma eterna ignomínia... obtiveram crédito na obscuridade, e adquiriram a veneração dos mesmos tribunais e, ainda que meros pensamentos dos homens privados da competência da faculdade legislativa, adquiriram força de lei, lei ilegítima na origem, e serviram todavia ao extermínio dos réus suspeitos, inclusive no seio da bela, culta e gentil Itália” (*Osservazioni sulla tortura* (1776), Rizzoli, Milano, 1961, XIII, p. 100-102). Para Manzoni, ao contrário, esses juristas tiveram o mérito de recomendar aos torturadores, “em nome da ciência não menos que da consciência, a moderação, a benignidade, a mansidão. Palavras que provocam raiva, aplicadas a uma tal coisa; mas que juntamente fazem ver se o intento desses escritores era aticar o monstro, ou amansá-lo”; uma vez que “é verdade que em seus livros, ou para dizer melhor, em qualquer um, são descritas mais que nas leis as várias espécies de tormentos; mas como costume propagado e radicado na prática, não como descobertas dos escritores... Foram esses escritores, é verdade, que levantaram a questão do número de vezes que os martírios poderiam ser repetidos; mas para impor limites e condições ao arbítrio... Foram eles, é verdade, que trataram do tempo que poderia durar a aflição; mas não de outro modo senão para impor alguma medida à incansável crueldade, que não existia na lei, ‘a certos juízes, não menos ignorantes que iníquos, os quais atormentaram um homem por três ou quatro horas’, disse Farinaccio; ‘a certos juízes iniquíssimos e perversíssimos, levados pela vileza, privados de ciência, de virtude, os quais, quando têm em seu poder um acusado que de qualquer maneira não fala senão mediante o tormento, e que não confessa aquilo que eles gostariam de ouvir, deixam-no ali dependurado às cordas, por um dia, por uma noite inteira’, havia dito Marsigli cerca de um século antes” (*Storia della colonna infame* (1840), in A. Manzoni, *Opere*, org. de R. Bacchelli, Ricciardi, Milano, 1953, cap. II, p. 979-980). Sobre a literatura penalista da época da Inquisição, veja-se por fim F. Cordero, *Criminalia*, cit., p. 459-512.

⁽¹⁰²⁾ Contra a tortura escreveram M. Montaigne, *Essais*, cit., liv. II, cap. V, p. 404-405; U. Grócio, *Epistulae quotquot reperiri poterunt*, Blaev, Amsterdam, 1687, ep. 693; C. Thomasius, *De tortura e foris christianorum proscribenda*, Zeitter, Halle, 1705; Ch. Montesquieu, ob. cit., liv. VI, cap. XVII, p. 329; Frederico II de Prússia, *Dissertation*, cit., p. 114-115; C. Beccaria, ob. cit., XV-XVII, p. 36-46; P. Verri, ob. cit.; Voltaire, *Prix*, cit., arts. VIII-XI, p. 546-563, e XXIV, p. 580-582; idem, *Commentario*, cit., XII, p. 627 e ss., XVI, p. 634 e ss., e XXII, p. 643 e ss.; idem, *Torture*

(1769), in *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 408-410; L. de Jaucourt, Inquisition, *Encyclopédie des sciences*, cit., t. VIII, 1773, p. 704-706; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. I, III, V-XI, p. 330-411; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXX, p. 150-154; idem, *La logica dei probabili*, cit., XIII, p. 33-35; J. Sonnenfels, *Von der Abschaffung der Tortur* (1775), trad. it. de F. Venturi in C. Beccaria, ob. cit., p. 592-596; B. Constant, *Commento*, cit., II, p. 578 e ss., e IX-X, p. 597 e ss. Em defesa da tortura escreveram – ainda na segunda metade do século XVIII – D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, cit., II, p. 474 e ss., e P. F. Muyart De Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, cit., p. 60 e ss. Contra a tortura se enfileirou obviamente Carmignani, a quem se deve no entanto uma singular defesa do método inquisitório em moldes liberais e garantistas: “bela alma em corpo deformado”, “científico”, “analítico” e “todo em poder da lei”, contrariamente ao método acusatório considerado ao invés “instintivo”, “sintético”, “todo em poder do homem” e portanto exposto ao “arbitrio” (*Teoria*, cit., liv. IV, cap. III, p. 31 e ss., e cap. V, p. 61, 79 e passim).

⁽¹⁰³⁾ As etapas dessa breve experiência, já relembra no parágrafo 10.4, foram os decretos de agosto de 1789, que aboliram as justiças senhoriais; o decreto de 08.10.1789, que aprovou a publicidade do juízo e os direitos de defesa do imputado; a lei de 16-29.08.1790, que introduziu o júri e a eletividade dos juízes e tornou “les officiers du ministère public agents du pouvoir executif”, com acusadores públicos eletivos; a lei de 16-29.09.1791, que definiu a estrutura acusatória do novo processo penal, suprimindo as provas legais e introduzindo os princípios do livre convencimento, da oralidade e da imediação do juízo; os decretos de 18.08.1792 e de 20-22.10.1792, que aboliram completamente os Ministérios Públicos de nomeação pelo governo, confiando seus poderes aos acusadores eletivos. Sobre tudo isso, cf. E. Pessina, Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice Penale vigente, *Enciclopedia*, cit., II, p. 564-579; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 147 e ss.; idem, Accusa e burocrazia. Profilo storico-istituzionale, in G. Conso (org.), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 104-112; P. Ferrua, *Oralità del giudizio e lettura di disposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 8-41.

⁽¹⁰⁴⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XV, p. 80. Veja-se ali também o cap. XIX, p. 92-101, e o cap. XXII, p. 119, em que o processo misto é chamado de “monstruosa mistura dos processos inquisitivo e acusatório”. Do *Code des délits et des peines* de 25.10.1795, que introduziu no sistema do Júri uma fase instrutória escrita e secreta precedente à fase dos debates, já tratei no parágrafo 10.4. A burocratização da acusação pública foi, ao invés, o resultado de uma longa série de provimentos napoleônicos com os quais o processo reformador operado pela Revolução foi percorrido às avessas: a Constituição do ano VIII (13.12.1799), que confiou as funções da acusação pública a um “comissário do governo” (art. 63) nomeado, como de resto “todos os juízes criminais e civis” exceto os de paz e de cassação, pelo Primeiro cônsul (art. 41); as leis de 18.03.1800 e de 27.01.1801, que reformaram o ordenamento judiciário por força da Constituição do ano VII e lançaram as primeiras bases da futura “instrução sumária”; por fim, o *Code D’instruction Criminelle* de 1808, que definiu as formas do hodierno “processo misto” e o papel preeminente nele desenvolvido pelo Ministério Público, organizado em seguida de forma hierárquica e burocrática pelos decretos sobre o ordenamento judiciário de 06.07 e de 18.08.1810. Contra o processo misto se pronunciou concordemente toda a Escola Clássica italiana: além de Pagano nas *Considerazioni* há pouco citadas, recorde-se G. Carmignani, *Saggio sulla fede giuridica e sui vari metodi nelle materie penali*, cit., que a ele se referiu como “uma engenhosa astúcia” e “um artifício político” com o qual o governo, por meio da “extensão dos poderes conferidos ao Procurador imperial...”, influiu sobre aqueles magistrados que a lei declarava inamovíveis”; idem, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. XVII, p. 305, e cap. XVI, p. 283, em que o processo misto é desqualificado como uma “mistura infeliz” e como “o mais funesto legado que o direito romano deixou à espécie humana”; F. Carrara, ob. cit., p. 300, que denunciou as suas “formas híbridas e perigosas”, prescrevendo sua “extirpação” como “tarefa da geração presente”; L. Luccini, *Elementi*, cit., p. 40, que ainda estigmatizou a “índole eclética, híbrida, anfíbia” devida a uma “verdadeira duplicação” dos seus sistemas: “Primeiro o inquisitório, na fase instrutória, com segredo, escritura, exclusão da defesa, prisão preventiva e a invasão do juiz e do Ministério Público; depois o acusatório, com oralidade, publicidade, contraditório e até mesmo com jurados. E no seu bojo uma quantidade de exceções, de jurisdições, de competências, de instâncias, de gravames, complicações e duplicações de atos, com uma ordem infinita de formalidades e de atribuições que freqüentemente se contradizem; uma seqüência de fazer e desfazer, de dar e de tomar, em cujo desdobramento, depois de tão longo

e trabalhado caminho, soma-se como resultado uma justiça desviada e a sociedade cansada, nem um nem outro interesse social satisfeito e o fim do processo não alcançado; resultam ainda dúvidas sobre a inocência, com os cidadãos expostos a contínuos perigos e vexações e a maior parte dos delinquentes impunes”.

⁽¹⁰⁵⁾ Foi adotado na Holanda e na Bélgica desde 1808; na Espanha, importado pela dominação francesa e depois confirmado pelo Código de 1882; em Portugal, reproduzido no Código de 1832; na Prússia, com a lei de 17.07.1846; e ainda em Luxemburgo, na Sérvia, Rússia, Grécia, Romênia, Egito, México e no Japão. Prevalentemente de índole inquisitória foram, pelo contrário, os códigos da Áustria (1803), Prússia (1805) e da Baviera (1813). Mas a Áustria, graças à obra de M. Glaser, adotou em 23.05.1873 um código de processo de natureza acusatória e de grande refinamento técnico, que mereceu os elogios de Carrara (ob. cit., par. 851, p. 309, nota, e par. 970, p. 415), assim como uma tradução italiana por este último promovida e anotada (em apêndice a C.A. Weiske, *Manuale di procedura penale*, trad. it. dos advogados Zei e Benelli, Cammelli, Firenze, 1874, p. 265-448). E o mesmo fez a Alemanha, com o código de 1.º.02.1877, em que, no entanto, o modelo acusatório foi bem mais fortemente deteriorado por elementos inquisitórios.

⁽¹⁰⁶⁾ O projeto de Código Romagnosi, apresentado em 02.08.1807 pelo ministro Giuseppe Luosi ao vice-rei Eugênio Beauharnais e por este aprovado em 8 de setembro do mesmo ano, está hoje republicado em *Le fonti del Codice di Procedura Penale del regno italico*, org. por E. Dezza, Giuffrè, Milano, p. 165 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Como será visto na quarta parte, a primeira inovação foi produzida pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pelas minirreformas legislativas entre os anos de 1969 e 1972, que estenderam à fase instrutória muitas das garantias de defesa; a segunda se deveu, ao invés, à legislação de emergência da década passada, que ampliou enormemente os poderes de captura e a discricionariedade dos órgãos inquiridores na atividade de aquisição das provas (pense-se, em particular, nas normas premiaes em favor dos imputados “arrepentidos”).

⁽¹⁰⁸⁾ “Um sistema de processo no qual o juiz deva fazer as vezes de acusador é por si mesmo vicioso” (G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. V, p. 362); “Característica do Poder Judiciário é de não poder agir senão quando for requisitado ou, seguindo uma expressão legal, quando é impulsionado... Por natureza o Poder Judiciário é privado de ação; é preciso colocá-lo em movimento para que aja. Denuncia-se-lhe um crime, e ele pune o culpado; chama-se-lhe para reparar uma injustiça, e ele repara; submete-se-lhe um ato e ele o interpreta; mas não vai sozinho perseguir o criminoso, procurar a injustiça, examinar os fatos. O Poder Judiciário praticaria em certo sentido uma violência a essa sua natureza passiva se ele mesmo tomasse a iniciativa” (A. Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., liv. I, parte I, cap. VI, p. 123-124).

⁽¹⁰⁹⁾ Sobre a ação popular em Roma, cf., além de G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. II, p. 334-344; também F. Carrara, ob. cit., par. 861, p. 334-341; C. Fadda, *L'azione popolare*, Utet, Torino, 1894; T. Bruno, *Azione popolare*, *Digesto italiano*, cit., IV/2, 1893-1899, p. 952 e ss.; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit. p. 147; G. Pugliese, *Processo*, cit., p. 6 e ss. e 29 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ As origens de um acusador, inquisidor ou ministério de acusação “público” se confundem, como se viu, com as do rito inquisitório: assim, em Roma, a acusação pública foi exercitada na idade imperial pelo *praefectus urbis* e pelo *praefectus praetorii*, e nas províncias pelos *praesides* e pelos *proconsules*, assistidos pela variada classe dos *irenarchae*, *curiosi*, *legati*, *frumentarii*, *nunciatores*, *stationarii*; na Idade Média, ao invés, encontramos os *missi dominici* de Carlos Magno, e depois os *avogadori del comun* vênnetos, as *avvocarie reali* em Nápoles, os *procuratores fiscales* ou *advocati fisci* no Piemonte, as *gens du roi* na França, os *procuratores regi* e os seus substitutos ainda na França e nas outras monarquias absolutas (daí a moderna nomenclatura: “procuradores gerais”, “procuradores do Rei”, “procuradores da República”, “substitutos”) vigentes desde o século XIV e organizadas hierarquicamente. Cf., além dos textos citados na nota 114, G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. XVI, p. 284-287; F. Carrara, ob. cit., par. 845, p. 301-304 e par. 865-869, p. 345-354; L. Lucchini, *Elementi*, cit., p. 35 e 214; A. Pertile, ob. cit., parte II, p. 21-29; G. Salvio, ob. cit., II, p. 23 e ss. e 376 e ss.

⁽¹¹¹⁾ Depois de ter ilustrado as degenerações da acusação voluntária sob os imperadores romanos (*supra*, nota 88), Montesquieu observa, com excessivo otimismo, que “nous ne (les) voyons point parmi nous. Nous avons aujourd’hui une loi admirable; c’est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes; de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit supposé d’abuser

de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur" ("nos não os observamos entre nós. Temos hoje uma lei admirável: aquela que determina que o Príncipe, que existe para fazer e executar as leis, indique um oficial em cada tribunal para perseguir, em seu nome, todos os crimes; de tal sorte que as funções dos delatores nos é desconhecida e caso se suspeite que este vingador público abuse do seu mister, será obrigado a indicar seu denunciante") (ob. cit., liv. VI, cap. VIII, p. 317). A mesma tese – a favor do instituto do Ministério Público e contra o da ação popular – é defendida, em polêmica com Filangieri, por B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. I, p. 575 e ss., e III-VI, p. 582-592, mesmo sem excluir a ação popular em via subsidiária, por J. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification* (1791), *Oeuvres*, cit., tome III, cap. XIX-XX, p. 34-41. A favor da instituição de um "inquisidor justo e imparcial", configurado como "executor das leis", que "não pode na mínima parte dispensar ou alterar a lei", foi também F. M. Pagano, ob. cit., XVIII, p. 89 e ss., e XXIII, p. 112.

⁽¹¹²⁾ *La scienza della legislazione*, liv. III, cap. III-V, p. 344-365, em que Filangieri polemiza asperamente (p. 348-354) contra a figura do "vingador público" elogiada por Montesquieu, e todavia admite, se bem que só em via extraordinária e subsidiária, a instituição de "magistrados acusadores" que ele desejaria fossem não menos responsáveis por calúnia dos cidadãos comuns (p. 361-364). Em apoio à ação popular por parte de todo cidadão e contra o monopólio da ação penal do Ministério Público se alinharam ainda no século passado F. Carrara, ob. cit., par. 861, p. 319-341, e L. Lucchini, ob. cit., p. 79, 92 e 213-215.

⁽¹¹³⁾ Art. 24, par. 3: "Depois que a experiência ensinou que tais acusadores privados no mais das vezes são oriundos do desejo de vingança, da ira, do ímpeto de cólera, ou de ensinamentos maliciosos, os quais, com invenções astutas e temerariamente duradouras, trazem grande transtorno ao acusado; ou que, ao contrário, sendo ainda verdadeira a acusação, muitas vezes o verdadeiro estado da causa é envolvido e ocultado com astúcias secretas em favor do autor; ou que ainda se costuma, sob vários pretextos vãos, desistir da intentada acusação, então não se pode geralmente atribuir efeito salutar a essa espécie de acusação voluntária, mas sim, ao invés, desordem e lentidão, motivo por que queremos que seja inteiramente abolida tal processo voluntário de acusação pelos mencionados e por outros motivos e dificuldades relevados" (relatado em V. Manzini, ob. cit., I, p. 31).

⁽¹¹⁴⁾ Sobre as origens francesas do Ministério Público hodierno e da sua organização hierárquica, vejam-se D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, I, Debure père, Paris, 1771, p. 630 e ss.; J. H. C. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Nêve, Paris, 1837; J. L. E. Ortolan e L. Ledeau, *Le ministère public en France. Traité et Code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Fanjat, Paris, 1831, 2 vols.; F. Hélie, *Traité*, cit., I; *Histoire et théorie de la procédure criminelle*, 1845, par. 74 e ss.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XII siècle jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 100 e ss.; E. Seligman, *La justice en France pendant la révolution*, 2 vols., Plon-Nourrit, Paris, 1901-1913; M. L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1967; A. Laingui e A. Lebigre, *Histoire du droit pénal. II. La procédure criminelle*, Cujas, Paris, s.d., p. 58-59, 81-82, 89-91 e 135-141; M. Nobili, *Accusa e burocrazia*, cit.; F. Molinari, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, in G. Conso (org.), *Pubblico ministero*, cit., p. 195-216; F. Cordero, *Riti*, cit., p. 361-364; idem, *Procedura penale*, cit., p. 28; idem, *Guida*, cit., p. 47 e 155 e ss. Vejam-se também, *supra*, as notas 103, 104, 110 e 111. Sobre a figura do Ministério Público na Itália antes da Constituição republicana, cf. F. Siracusa, *Il pubblico ministero*, Utet, Torino, 1929, p. 115-134; idem, *Pubblico ministero* (Direito processual penal), *Nuovo digesto italiano*, cit., X, 1939, p. 978 e ss.; G. Sabatini, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1943. Sobre o Ministério Público hodierno, vejam-se G. Foschini, *L'ufficio della pubblica accusa*, *Archivio penale*, 1965, p. 201-218, que ainda classificava o Ministério Público como "representante do Poder Executivo" (p. 211-215); M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, 2 vols., Zanichelli, Bologna, 1965-1970; G. Cerminara e O. Pesce, *Il problema del pubblico ministero*, *Il ponte*, 1968, 6-7, p. 833-841, em que são reivindicadas com força a independência e a personalização do ofício; V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Conso (org.), ob. cit., p. 3-29; A. Pizzorusso, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, *Questione giustizia*, 1982, 3, p. 513 e ss.; L. Pepino, *Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo*, in A. Pignatelli e C. Viazzi (orgs.), *La professione del giudice*, Angeli, Milano, 1986, p. 138-172; P. M. Bellone, *Pubblico ministero* (Direito processual penal), in

Novissimo digesto italiano. Appendice, cit., VI, 1986; M. Scaparoni, Pubblico ministero (dir. proc. pen.), *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, p. 1094-1112.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre o papel da acusação pública na Inglaterra e nos Estados Unidos, cf. B. Huber, La posizione degli organi di accusa in Gran Bretagna, in G. Conso (org.), ob. cit., p. 238-255; V. Vigoriti, Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America, ibidem, p. 256-273; A. Zingale, Azione penale nel Regno Unito e negli USA: prospettive di riforma, *Questione giuristica*, 1983, 1, p. 191 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ O "princípio de oportunidade" nas funções de acusação – rigidamente excluído pela Constituição italiana – está de outro modo presente não apenas no processo inglês (B. Huber, ob. cit., p. 248 e ss.) e americano (V. Vigoriti, ob. cit., p. 261 e ss.), mas também no alemão para os delitos mais leves (F. Molinari, Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania, in G. Conso (org.), ob. cit., p. 223 e ss.) e até mesmo no processo francês, em que só é temporizado por variados controles (idem, Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese, cit., p. 208 e ss.).

⁽¹¹⁷⁾ A observação é de G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio*, cit., par. 2.2, que sublinha ademais os pesados reflexos do sistema nos métodos de investigação: "A acusação", observa ele, "prepara o caso não tanto para a fase dos debates como para negociar o *plea* desde uma posição de força; a defesa procura descobrir a carência das investigações para obter maiores vantagens. Mesmo as *exclusionary rules* são utilizáveis, nessa perspectiva, como meios de escambo, ao invés de sê-lo nas suas funções de critério lógico para o juízo". Sem contar as infinitas tratativas com os imputados para obter informações de co-réus, graças a uma liberdade dispositiva incomparavelmente maior que a experimentada em nosso país, com os efeitos deformantes de que se falará na quarta parte, por causa da legislação sobre os "arrepentidos" nos delitos de terrorismo. Vejam-se também, sobre os efeitos perversos desse sistema no processo penal, M. Taruffo, *Il processo civile 'adversary'*, cit., p. 233-245; A. Zingale, ob. cit.; R. Gambini, Il 'plea bargain' negli USA: più inconvenienti che vantaggi, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, I, p. 115-127. Segundo um cálculo estatístico referido por M. C. Bassiouni, Linee del processo penale negli USA, *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 52, o *Jury trial* é reservado só a 6% dos processos penais.

⁽¹¹⁸⁾ A tese da perfeita compatibilidade entre acusação pública e obrigatória de um Ministério Público e acusação popular por qualquer cidadão é amplamente demonstrada por J. Bentham, *De l'organisation judiciaire*, cit., cap. XX, p. 37 e ss. Também na Itália o monopólio da ação penal do Ministério Público está derogado pela ação popular prevista para os delitos eleitorais do art. 100 do DPR 570, de 16 de maio de 1960. E nada impediria estender essa hipótese, hoje isolada, de modo a permitir a autotutela de interesses coletivos tão importantes e difusos quanto aqueles violados pelos crimes eleitorais. De resto, uma forma indireta de ação popular subsidiária, destinada a remediar a inércia do Ministério Público ou, seja como for, a exigir-lhe um controle, foi introduzida pelos arts. 408 e 410 do novo Código de Processo, que instituíram a "oposição ao pedido de arquivamento", exercitável dentro de 10 dias pela parte ofendida, que, na denúncia ou posteriormente, tenha declarado querer ser informada. Interessante é também a solução oferecida pelo Código de Processo alemão de 1975, que desenvolve as indicações contidas nos Códigos austríaco de 1873 e alemão de 1877 (especificamente apreciadas em uma longa nota de F. Carrara, ob. cit., par. 861, p. 324-341): nele são previstos "a ação penal privada subsidiária" nos casos de crimes leves para os quais a ação pública não é obrigatória (par. 374-394 StPO), assim como a "co-acusação" para quem experimentou com sucesso o recurso contra a inércia do Ministério Público em todos os outros casos (par. 395-397 StPO). Sobre os vários sistemas de acusação popular "subsidiária" no século passado, veja-se G. Vacca, ob. cit., p. 349-357.

⁽¹¹⁹⁾ Sobre a obrigação de denúncia por parte dos cidadãos na era da inquisição e sobre a prática das denúncias secretas, cf. G. Salvio, ob. cit., p. 376; A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., parte II, p. 18 e ss.; V. Manzini, ob. cit., p. 34 e ss., que se refere às "bocas da verdade" destinadas a colher as denúncias anônimas e instituídas na Idade Média em várias cidades italianas, como Veneza, Florença, e Pistóia. Contra as acusações anônimas e secretas (abolidas na Toscana por Pedro Leopoldo em 1786) manifestaram-se C. Beccaria, ob. cit., XV, p. 36-38, e G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. III, p. 353-354. Contra a discricionariedade dos acusadores públicos e a legitimidade de suas "obscuras" negociações

com o réu, expressaram-se vigorosamente F.M. Pagano, ob. cit., XXII, p. 111-112, e F. Carrara, ob. cit., par. 861, p. 326: “A autoridade social se torna tirânica quando em algum caso nega ao indivíduo o poder de perseguir de modo *legal* as ofensas perpetradas ao seu direito. Torna-se tirânica porque espolia o direito primitivo de seu conteúdo necessário, isto é, o poder de se defender; ibidem, p. 335: “Se à autoridade social se permitiu monopolizar a persecução dos delitos para atingir a melhor tutela dos direitos individuais, deve ser condição necessária de tal faculdade que a autoridade social efetivamente a exerceite”. Sobre essa questão retornarei no parágrafo 41.2 e nas notas 299-306, a propósito da impunidade dos assim chamados “arrependidos”.

⁽¹²⁰⁾ Recorde-se da Constituição de Valente e Valentiano de 22.01.365, que, no final do Império, prescreveu aos juízes, em caso de acusação contra altos funcionários, que a submetessem ao príncipe, ao qual se reservava autorizar o processo com um ato que continha inclusive as normas singulares para o juízo (C. Th., 9.2.2); assim como as *avocazioni*, com as quais o rei, na França do *Ancien Régime*, dirigia ao seu Conselho todas as controvérsias em que estavam envolvidos indiretamente os seus funcionários ou agentes. Para referências mais precisas, cf. A. Namias, *Autorizzazione a procedere, Digesto italiano*, cit., IV, parte II, 1893, p. 449 e ss.; L. M. Giriodi, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (org.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1900, I, p. 405 e ss.

⁽¹²¹⁾ Vejam-se, contra essa paradoxal legitimação, as palavras de Tocqueville já mencionadas na nota 159 do capítulo precedente, e as não menos severas palavras de F. Carrara, ob. cit., par. 861, p. 327-329, par. 871, p. 355, e de L. Lucchini, ob. cit., p. 97. A favor da “garantia pessoal dos funcionários públicos”, além da garantia “constitucional” do “*antagonismo constitucional*” e da “*independência* dos opositores e dos tutores constitucionais”, se havia pronunciado G. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa* (1815), in *Opere scelte*, Reale Accademia d’Italia, Roma, 1937, IV/1, parte I, par. 29, p. 60-61, e par. 51, p. 113.

⁽¹²²⁾ Art. 7, seção III, da Lei de 22.12.1789: “Elles (les administrations des départements et des districts) ne pourront être troublées, dans l’exercice de leur fonctions administratives, par aucun act du pouvoir judiciaire” (“elas (as administrações dos departamentos e dos distritos) não poderão ser perturbadas no exercício de suas funções administrativas por nenhum ato do poder judiciário”); art. 13, tit. II, da Lei de 16-24.08.1790: “Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions” (“as funções judiciárias são distintas e permanecem sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não podem, sob pena de cometer crime funcional, embarçar, de qualquer maneira que seja, as operações dos corpos administrativos, nem citar às suas cortes administradores em razão de suas funções”); Lei de 07-14.10.1790: “Aucun administrateur ne peut être traduit dans les tribunaux, par raison de ses fonctions publiques, à moins qu’il n’y ait été renvoyé par l’Autorité supérieure, conformément aux lois” (“Nenhum administrador poderá ser conduzido, perante a corte, em razão de suas funções públicas, a não ser por ordem da autoridade superior, em conformidade com a lei”). Por fim o art. 75 da Constituição de 13.12.1799 estabeleceu: “Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour faits relatifs à leurs fonctions qu’en vertu d’une décision du Conseil d’État; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires” (“Os agentes do governo, além dos Ministros, não podem ser perseguidos por atos relativos à sua função, senão por uma decisão do Conselho de Estado: nestes casos, a persecução ocorrerá perante os tribunais ordinários”). Depois da ab-rogação do instituto em 1870, foi ainda instituído por parte do Governo de Defesa Nacional, com o Decreto de 26.07.1873, um tribunal especial dos conflitos, voltado a resolver os contrastes e a tutelar a separação entre Poder Judiciário e Poder Executivo quando a intervenção do primeiro se configurasse como análise do mérito de um ato do segundo. Vejam-se, para ulteriores referências, E. Laferrière, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 1887, I, p. 156 e ss.; A. Namias, ob. cit., p. 450; L. M. Giriodi, ob. cit., p. 406 e ss.; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10.^a ed., Sirey, Paris, 1921, p. 968 e ss.; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Utet, Torino, 1933, I, p. 455; L. Ferrero, *Garanzia amministrativa, Nuovo digesto italiano*, cit., VI, 1938, p. 204.

⁽¹²³⁾ Introduzido por Murat no Reino das Duas Sicílias com o Decreto 24.11.1812, com base no exemplo francês, o instituto foi conservado sob os Bourbons, que o disciplinaram com os arts. 138-

141 da Lei de 12.12.1816. E foi acolhido no Reino da Sardenha limitadamente aos síndicos, governadores e intendentes, pelo art. 9.º da Lei divisional e municipal de Carlos Alberto de 07.10.1848, e depois pelo art. 8.º da Lei de 25.10.1849 e pelos arts. 8.º e 105 da Lei municipal e provincial de 23.10.1859, reproduzidos enfim pela Lei de 1865 e pelos sucessivos textos únicos. O instituto foi, ao invés, bem rapidamente abolido nos outros países da Europa: na Bélgica, pelo art. 24 da Constituição de 07.03.1831; na Áustria, pelo art. 12 da Lei fundamental de 21.12.1867; na Espanha, pela Constituição de 1.º.06.1869; na Suíça, pelo art. 117 da Constituição federal de 29.05.1874; e, na Alemanha, pelo art. 97 da Constituição prussiana de 31.01.1850 e depois pelo art. 11 da Lei de 27.01.1877. Nenhuma garantia administrativa jamais foi prevista na Inglaterra e nos Estados Unidos.

⁽¹²⁴⁾ Embora a garantia administrativa tenha sobrevivido na Itália por quase um século após sua supressão no resto da Europa, contra ela sempre se manifestou a maior parte da doutrina: cf., além dos autores citados nas notas 120-122, G. Zanobini, *L'amministrazione locale* (1932), 2.ª ed., Cedam, Padova, 1935, p. 85; idem, *Corso di diritto amministrativo* (1935), 6.ª ed., Giuffrè, Milano, 1958, III, p. 102-103; C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la costituzione* (1951), in *La costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova, 1954, p. 111; E. Casetta, *L'illicito degli enti pubblici*, Utet, Torino, 1953, p. 297; idem, *Garanzia amministrativa*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XVIII, 1969, p. 484 e ss.; G. B. Verbari, *Un anacronismo costituzionalmente illegittimo: l'istituto della garanzia amministrativa*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 29 e ss. Raras, ao contrário, são as vozes erguidas em favor do instituto: F. Saluto, *Commenti*, cit., VII, p. 517-518 e, em anos recentes, A. Tesaro, *La garanzia amministrativa e la responsabilità penale*, *Rassegna di diritto pubblico*, 1954, I, p. 201 e ss.; idem, *Garanzia amministrativa*, *Novissimo digesto italiano*, cit., VII, 1961, p. 750 e ss. Embora as autorizações para proceder tenham sido negadas raramente, é evidente que a simples existência deste anacrônico instituto operou, até 1965, como um entrave de fato à ação penal com relação aos administradores locais; e a sua supressão, mesmo tardia, foi causa não secundária do relevante aumento, no último vintênio, das intervenções penais da magistratura italiana contra os administradores públicos.

⁽¹²⁵⁾ Para esses mesmos delitos, os arts. 27 e 30 da Lei real de 22.05.1975 conferiram a procuradores gerais um poder espacial de advocação. Cf., *infra*, o parágrafo 51.2.

⁽¹²⁶⁾ Refiro-me, obviamente, à imunidade parlamentar de tipo processual, e não àquela absoluta ou substancial prevista pelo par. 1.º do art. 68 da Constituição “para as opiniões expressas e para os votos dados” pelos parlamentares no exercício das suas funções e que não é uma condição de procedibilidade, mas sim uma excludente objetiva, e precisamente uma causa de exclusão do elemento objetivo do delito de tipo análogo ao do exercício de um direito e do adimplemento de um dever previsto pelo nosso art. 51 do Código Penal. Sobre as origens inglesas (o art. 8.º do *Bill of Rights* de 1689) e francesas (a moção sobre a inviolabilidade dos deputados aprovada pela Assembléia Nacional em junho de 1789, os arts. 7.º-8.º do tit. III, cap. I, seção V, da Constituição de 1791, os arts. 31 da Declaração e 43-44 da Constituição de 1793 e os arts. 110-123, 265 e 348 da Constituição de 1795) das imunidades parlamentares, e sobre o sucessivo uso e abuso de tal instituto em nosso ordenamento, veja-se G. Zagrebelsky, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, Torino, 1979. Cf. também, G. Tranchina, *L'autorizzazione a procedere*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁽¹²⁷⁾ A distinção – de origem romanística, e em parte correlativa àquela entre *iudicia publica* e *iudicia privata* (*supra*, nota 86) – foi inoportunamente abandonada pela doutrina moderna. A ela ainda atribuíram relevância teórica, *segundo* o plano penal como no processual, G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XLII, p. 599, que a fundou, segundo o sistema romanístico, sobre a procedibilidade com base na ação popular de qualquer cidadão ou com base na ação privada do ofendido; J. Bentham, *Principes du Code Pénal*, in *Traité de législation*, cit., parte I, cap. I, p. 119 e ss., que distinguiu entre “delitos contra si mesmo”, “delitos privados”, “delitos semipúblicos” e “delitos públicos”; G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. I, cap. XIV, p. 230-232; F. Carrara, ob. cit., par. 864, p. 343, que a reformulou exatamente com base em sua perseguibilidade de ofício ou mediante queixa da parte.

⁽¹²⁸⁾ *Notes*, cit., p. 424, em particular para o furto sem arrombamento.

⁽¹²⁹⁾ Vejam-se as perplexidades levantadas – a respeito da procedibilidade de ofício prevista pela proposta de lei popular promovida em 1980 por uma parte do movimento das mulheres – por T. Pitch, *Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale, Problemi del socialismo*, 27-28, 1983, p. 192-214; idem, *La nuova legge sulla violenza sessuale. Alcune consi-*

derazioni, *Dei delitti e delle pene*, 1984, 2, p. 317 e ss.; e por L. Saraceni, *Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali*, *Questione giustizia*, 1985, 1, p. 23 e ss.

⁽¹³⁰⁾ Merecedora de destaque, a propósito da discussão parlamentar desenvolvida na Itália sobre a lei contra a violência sexual, é aquela que talvez tivesse sido a melhor solução para os problemas opostos deixados sem solução pela procedibilidade de ofício pura e por aquela mediante queixa: a possibilidade para a parte ofendida – proposta por uma emenda de Bassanini-Gramaglia – de se opor ao procedimento de ofício promovido por terceiros de modo a paralisar o procedimento.

⁽¹³¹⁾ Enquanto o Código Penal de 1889 falava corretamente, nos arts. 85-103, de “extinção da ação penal”, os arts. 150-170 do Código de 1930 e a rubrica do título relativo falam de “extinção do delito e da pena”.

⁽¹³²⁾ É a fórmula usada pelo código e adotada também por muitos autores, que no entanto reconhecem sua impropriedade: cf., entre outros, G. Ragno, *Estinzione del reato e della pena*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 954 e, por último, G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 461.

⁽¹³³⁾ G. Vassalli, *La confisca dei beni*, Cedam, Padova, 1951, p. 63 e ss.; A. Pecoraro-Albani, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, Napoli, 1967.

⁽¹³⁴⁾ F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 61; G. Spagnolo, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1963.

⁽¹³⁵⁾ F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 522 e ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 736 e ss.

⁽¹³⁶⁾ A natureza processual, e não substancial, de tais circunstâncias – reconhecida pelo Código Penal de 1889 e abandonada pelo Código vigente, que infelizmente as coloca, como se viu, entre os chamados fatos extintivos do delito e da pena – é indiretamente admitida pelo art. 531 do novo Código de Processo, que para as chamadas “causas de extinção do delito” prevê (como de resto o art. 479, par. 4.º, do Código antigo) que o juiz da fase dos debates pronuncie “sentenças de não dever proceder” e não mais “sentenças de absolvição” previstas pelo art. 529 (e pelo velho art. 479, par. 1.º) para os casos de obstamento de mérito; e além disso pelo art. 128, que, no caso de concurso entre uma assim dita “causa de extinção do delito” e outras causas evidentes de obstamento no mérito, é forçado a precisar (como já o antigo art. 152) a prevalência destas e a adoção da fórmula correlativa.

⁽¹³⁷⁾ Cf. G. Carmignani, *Teoria*, cit., IV, cap. XIV e XVII, o qual, opondo-se à “ignorância” e ao “arbitrio,” que fazem do julgamento dos jurados um ato de “força” em vez de “sabedoria”, afirmou que, no mínimo, na ausência de motivação e de provas legais, deveria permanecer essencial a regra da unanimidade dos votos (p. 253-255): “A íntima convicção do homem, que em um século de ignorância era o único cálculo de probabilidade, transformou, como não poderia deixar de ser, uma reunião de homens destinados a decidir a sorte do acusado em uma *probabilidade*; nesse sistema, se os indivíduos componentes do colégio formam do mesmo modo diversas probabilidades, somente a união de todas elas ou pela absolvição ou pela condenação poderia representar a *certeza*... Portanto, no *Jury* a unanimidade do sufrágio não é uma instituição de pouco valor, atingida por acaso entre os homens de modo que eles possam ao seu capricho abandoná-la se quiserem, substituindo-a pelo critério da maioria precisa ou pela de dois terços. Essa instituição é característica essencial do *Jury*, uma vez que ela é a fórmula com a qual a lei, que sozinha pode e deve decidir a sorte do acusado, exprime a própria certeza moral... Quando a credibilidade da prova dependia do obscuro e indefinível dado da convicção íntima do homem, um só juiz dissidente de todos os outros formava uma probabilidade contrária à verdade dos votos reunidos”.

⁽¹³⁸⁾ Veja-se, em polêmica com Carmignani, F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, *Introduzione alla terza sezione. Giurati e magistrati*, p. 207-212 e 243-253. Sobre a correlação entre tipo de juiz e tipo de processo, cf. também, *ibidem*, p. 208, e par. 786, p. 258, e L. Lucchini, *ob. cit.*, p. 175.

⁽¹³⁹⁾ F. Carrara, *loc. cit.*, p. 201, 205-207; L. Lucchini, *ob. cit.*, p. 179-180.

⁽¹⁴⁰⁾ Segundo Carrara, não há sentido em procurar a origem dos jurados, sendo óbvio, logicamente, antes que historicamente, que a figura arbitral do juiz-cidadão nasce antes que a do juiz-magistrado (*ob. cit.*, p. 140, 200-205). Sobre os vários tipos de juiz popular – os heliastas em Atenas (assim chamados porque, em virtude de seu grande número, suas mesas se mantinham a céu aberto, sob o sol), os comícios na Roma republicana, os escabinos na Alemanha (que se sentavam ao lado de juizes togados, em colégios mistos do tipo da nossa hodierna *Corte d'assise*), o *Jury* na Inglaterra – cf. G. Filangieri, *ob.*

cit., liv. III, cap. XVI, p. 432 e ss.; G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. II, p. 12-22, e cap. XIV, p. 234 e ss.; F. Carrara, ob. cit., p. 419-422; L. Lucchini, ob. cit., p. 183-197; T. Mommsen, ob. cit., t. II, p. 153; A. Biscardi, *Diritto greco*, cit., p. 51-66; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, cit., p. 264-267 e 269 e ss. Sobre as listas de cidadãos (senadores ou cavaleiros), entre os quais eram escolhidos os juízes em Roma para a fase do julgamento *apud iudicem*, veja-se T. Mommsen, ob. cit., t. I, p. 236-257; C. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Utet, Torino, 1913, vol. I, p. 61 e ss.; C. Gioffredi, *Iudex*, *Novissimo digesto italiano*, cit., IX, 1963, p. 334-335; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Jovene, Napoli, 1973, III, p. 147 e ss.; G. Pugliese, ob. cit., p. 276 e ss.

⁽¹⁴¹⁾ T. Mommsen, ob. cit., t. I, p. 304-347; C. Bertolini, ob. cit., p. 49 e ss.; G. Pugliese, ob. cit., p. 302 e ss. e 324 e ss.

⁽¹⁴²⁾ Sobre a origem dos “jurados” como *juradores* ou *atestadores* do fato, cf. G. Carmignani, ob. cit., liv. IV, p. 16 e 250 e ss.; K. J. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio*, cit., p. 472; F. Carrara, ob. cit., p. 202 e ss. e 402; L. Lucchini, ob. cit., p. 184; A. Pertile, ob. cit., VI, t. I, p. 220 e ss. Esse originário caráter testemunhal do *verdictum*, transformado bem rapidamente no julgamento pelas pessoas estimadas do local, é atestado pelo art. 20 da *Magna Charta*, que fala de “testemunho jurado dos homens probos da localidade sobre a transgressão”. E é habitual, por outro lado, também no testemunho jurado sobre os suspeitos de heresia, que na originária Inquisição eclesiástica, disciplinada pelos Concílios de 1184 e de 1215, era imposto pelos bispos às pessoas do lugar nos seus termos de inspeção (*supra*, nota 94).

⁽¹⁴³⁾ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., p. 9, 18 e ss. e 31 e ss.; A. Pertile, ob. cit., VI, t. I, p. 197-237; G. Salvio, ob. cit., parte II, seq. I; N. Picardi, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, *L'ordinamento giudiziario. III: Materiali per una riforma*, org. A. Giuliani e N. Picardi, Maggioli, Rimini, 1985, p. 21-73 (e também na *Rivista di Diritto Processuale*, 1985, 4, p. 758-810).

⁽¹⁴⁴⁾ Constituição de 03.09.1791, tit. III, art. 5.º: “Le pouvoir judiciaire est délégué des juges élus à temps par le peuple”; a norma é repetida no art. 2.º do cap. V do mesmo título, dedicado ao Poder Judiciário, em que é também instituído o júri popular (arts. 9.º, 18 e 26). A eletividade dos juízes foi atestada pelo art. 209 da Constituição de 1795 e, limitadamente aos juízes de paz, pelo art. 60 da Constituição de 1799; o júri foi ainda previsto pelo art. 96 da Constituição de 1793, pelos arts. 237-239 da Constituição de 95 e, como júri de acusação [it. *giuri*: conselho honorífico de cavaleiros; órgão julgador de natureza privada], pelo art. 62 da Constituição de 1799. Das Constituições francesas o instituto do júri de acusação passou de maneira efêmera na Constituição de 08.07.1797 da República Cisalpina; e reapareceu novamente na Lombardia com a lei de 14 de maio de 1849, ab-rogada em 31.12.1851. Mais estável foi ao invés o Júri introduzido no Piemonte com a Lei 695 de 26.03.1848, em vigor na Itália até sua supressão (*infra*, nota 167) durante o fascismo.

⁽¹⁴⁵⁾ A formação de uma classe de juízes estáveis e de nomeação estatal remete, na Toscana, à reforma leopoldina de 1786; na França, como veremos na nota 211, à reforma Maupeou de 1771, abolida em 1774, e à bem mais importante legislação revolucionária do biênio 1790-1791, assim como à reforma napoleônica coroada pelo ordenamento judiciário de 20.05.1810; em Nápoles, remete à lei orgânica de 20.05.1808. Veja-se, sobre a estatualização da classe judiciária, V. Manzini, ob. cit., p. 65-66; G. Salvio, ob. cit., parte II, p. 138-147; L. Ingber, *Le model napoléonien du juge et son influence en Belgique*, *L'ordinamento giudiziario*, cit., I, Documentazione storica, p. 134-195; N. Picardi, *La formazione del giudice in Italia (Costruzione e crisi di un modello)*, *L'educazione giuridica. I: Modelli di università e progetti di riforma*, org. de A. Giuliani e N. Picardi, Libreria Universitaria, Perugia, 1975, p. 430-460; N. Picardi-A. Giuliani, *La responsabilità del giudice: dallo stato liberale allo stato fascista*, ibidem, III. *La responsabilità del giudice*, p. 505-563.

⁽¹⁴⁶⁾ Gratia Aretinus, *Summa de iudiciario ordine*, cit., tit. I, par. 1 e 2. Sobre os requisitos do juiz na tradição inquisitória, cf. G. Salvio, ob. cit., parte II, p. 738 e ss., que recorda, entre outros, também a ausência de salário (salvo os modestíssimos honorários pagos pelos litigantes) que durou até o século XVIII.

⁽¹⁴⁷⁾ Andrea D'Isernia, *Commenta*, cit., p. 292.

⁽¹⁴⁸⁾ Sobre o significado originário de “competência” como “capacidade técnica ou profissional”, cf. N. Picardi, *Il giudice ordinario*, cit., p. 32-34, 39 e 53. Veja-se além disso, sobre o desenvolvimento

do *droit savant* após o século XIII na Itália, França, Países Baixos, Inglaterra, Espanha, Portugal e na Alemanha, C. Lefebvre, *Le développement de l'organisation judiciaire en Europe* (13^o au 16^o s.) et l'apport des juristes savants, *L'ordinamento giudiziario*, I., cit., p. 31-82. De fato, ainda que o ofício de juiz tenha sido preenchido pelos maiores glosadores e comentadores, não faltaram (e foram até mesmo maioria, se se pensar na perversidade da Inquisição) os juízes cruéis e ignorantes: recordem-se as invectivas – referidas no trecho de Manzoni citado na nota 101 – de Farinaccio e de Ippolito de Marsiliis, contra “aliquos iniquissimos et sceleratissimos iudices, a fece levati, qui omne carent scientia, virtute et ratione naturali” (*Practica causarum criminalium*, cit., *Expedita*, par. 86, f. 64v).

⁽¹⁴⁹⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XIV, p. 35.

⁽¹⁵⁰⁾ *La scienza*, cit., liv. III, cap. XIX, p. 467.

⁽¹⁵¹⁾ *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. III, p. 243.

⁽¹⁵²⁾ *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 64.

⁽¹⁵³⁾ *Prix de la justice*, cit., art. I, p. 535.

⁽¹⁵⁴⁾ *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, cit., p. 311.

⁽¹⁵⁵⁾ *Leviatano*, cap. XXVI, p. 232.

⁽¹⁵⁶⁾ *De l'esprit des lois*, XI, 6, p. 398-399. A garantia do julgamento pelos pares é sustentada – dentro do horizonte pré-moderno das desigualdades de classe e de foro – também por C. Beccaria, ob. cit., XIV, p. 35: “É utilíssima aquela lei segundo a qual todo homem deve ser julgado pelos seus pares, porque, quando se trata da liberdade e da fortuna de um cidadão, devem silenciar aqueles sentimentos que a desigualdade inspira: aquela superioridade com a qual o homem rico olha o infeliz e aquele desdém com que o inferior olha o superior não podem agir nesse julgamento. Mas quando o delito for uma ofensa de um terceiro, então os juízes deveriam ser metade pares do réu e metade pares do ofendido; assim, sendo balanceado cada interesse privado que modifica ainda que involuntariamente as aparências do objeto, não falam senão a lei e a verdade”. A mesma tese havia sido expressa, de resto, também por Montesquieu, contrariando o seu próprio princípio da divisão de poderes: “Os grandes são sempre expostos à inveja; e se fossem julgados pelo povo eles poderiam correr perigo e não gozariam da garantia, que num Estado livre cabe ainda ao mais humilde dos cidadãos, de serem julgados pelos seus pares. Ocorre portanto que os nobres devem ser chamados não mais diante dos tribunais ordinários na nação mas diante de parte do corpo legislativo que é composta pelos nobres” (ob. cit., XI, 6, p. 404). Bem mais modernamente Bentham propugnou, ao invés, o princípio da paridade e a remoção de todas as desigualdades processuais, sustentando simultaneamente a eletividade dos juízes (*De l'organisation judiciaire*, cit., cap. XVII, p. 31-33) e a “competência universal” de todo tribunal (ibidem, cap. V, p. 12-14: cf., *infra*, nota 211).

⁽¹⁵⁷⁾ *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 504: “Somente o povo”, acrescenta Kant, “pode, ainda que de modo indireto, por meio dos seus representantes por ele mesmo nomeados (do júri), julgar cada um de seus membros”.

⁽¹⁵⁸⁾ “O quadrilátero das liberdades constitucionais se erige sobre a Guarda Nacional, sobre os Jurados, sobre a livre imprensa e sobre o Parlamento” (F. Carrara, ob. cit., p. 217). “A batalha movida contra a instituição dos jurados”, acrescenta Carrara, é “uma vanguarda da guerra preparada contra a liberdade”: “agora é a vez do Júri: o grosso da batalha se dirige a demoli-lo; amanhã será a vez da imprensa. Depois será a do Parlamento”; por isso “julgo que os defensores desse grupo tenham em seu mefistofélico segredo essa última palavra hierática: demolir o moderno liberalismo” (ibidem, p. 217-220). Em favor dos juízes populares, cf., também L. Lucchini, ob. cit., p. 179-182 e 189-195. Contra os juízes populares e eletivos, pelo contrário, se pronunciaram G. Romagnosi, *Della costituzione*, cit., parte I, par. 34-36, p. 70-75; G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, passim; J. S. Mill, *Considerations on representative government* (1861), trad. it. de F. P. Fenili, *Il governo rappresentativo*, Tipografia della Rivista dei Comuni Italiani, Torino, 1865, cap. XIV, p. 253-256.

⁽¹⁵⁹⁾ “Causa repugnância, pelo evidente perigo das liberdades civis, um Governo que diga aos cidadãos: sereis declarados culpados e como tais condenados à prisão, à deportação e, pior, pelos *meus juízes*; e esses juízes 1.^o) serão *eleitos* por mim, de modo que poderei, quando tiverem talento, escolhê-los entre aqueles que mais tenham professado austeros princípios e deferência aos desejos dos poderes e remover espontaneamente aqueles que ostentam a cobiça; 2.^o) Receberão de mim *salário* necessário à alimentação e às suas famílias; de modo que poderei, quando me aprover, regular seus progressos de

lugar e de classe e suas honrarias segundo a grandeza de consciência que mostrarem ao condenar e segundo a austeridade que mostrarem ao punir; 3.º) Serão habilitados para declarar-vos culpados apenas com a afirmação de sua *convicção*, sem que a lei preventivamente lhes indique a fé jurídica das provas, sem a necessidade de expor-lhes os motivos e de indicar as provas que conduziram àquela afirmação” (F. Carrara, ob. cit., p. 237). Veja-se também, *ibidem*, p. 241 e 249-251. Seja lembrado, todavia, que Carrara, remetendo a Montesquieu, fundava a eletividade dos juízes sobre a doutrina da separação dos poderes e sobre a teoria dos contrapesos (p. 222-228 e 269), com que ela, na hodierna democracia partidária, está ademais em contraste; e que de outra parte a sua aversão se dava sobretudo em relação aos juízes-magistrados que decidem com base no livre convencimento no sentido potestativo aqui criticado e revisto no parágrafo 10: isto é, contra um sistema que até mesmo Carmignani, defensor ferrenho da figura do juiz-magistrado e do sistema inquisitório baseado nas provas legais, considerou “ainda mais monstruoso” que o método acusatório puro no qual o livre convencimento é confiado a juízes populares (*Teoria*, cit., liv. IV, cap. XVIII, p. 308-311).

⁽¹⁶⁰⁾ *Trattato*, cit., p. 6 e 24. “Se o homem é livre”, argumenta Lauze, “não pode ser julgado por outro que não por si mesmo”: os jurados ou pares são o “expediente ousado” e “sublime” concebido para obviar a “impossibilidade de admitir que o homem se julgasse por si, e por consequência segundo as próprias paixões, ou que fosse julgado por outros homens, e por consequência segundo as paixões destes” (*ibidem*, p. 19, 23, 20). De fato, “a sentença que proferem a respeito desse homem outros homens semelhantes a ele, que fazem parte da mesma cidade, e se encontram na mesma situação em todos os lugares exceto quanto ao delito sobre o qual devem proferir uma decisão, deve expressar aquela sentença que também ele teria pronunciado sobre todos que não ele próprio” (*ibidem*, p. 24): ela é “um ato imediato de soberania” (*ibidem*, p. 34). A garantia do julgamento pelos “pares” foi prevista pelos arts. 21 e 39 da *Magna Charta*, e depois por todas as sucessivas declarações de direitos inglesas e americanas. Sobre o julgamento pelos “pares” na Itália meridional, na Sardenha, entre os ostrogodos e os visigodos, e depois na Igreja, veja-se também A. Pertile, ob. cit., I, p. 225 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Ob. cit., p. 28 e 7. Para isso, como já se disse (*supra*, notas 58 e 70 do capítulo 3), Lauze reserva o critério do livre convencimento só aos jurados, enquanto para os juízes de profissão exige, como Carmignani, que ao menos suas condenações sejam condicionadas, além de pelo convencimento, também pelas provas legais negativas (*ibidem*, p. 40 e ss. e 51 e ss.).

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, p. 37. O trecho remete à nota 135 do cap. 3.

⁽¹⁶³⁾ F. Carrara, ob. cit., par. 917, p. 423; L. Lucchini, ob. cit., p. 190 e ss. Mas “esse objeto”, afirma Carrara, “está na raiz do sistema constitucional e do republicano, de modo que, admitida sua verdade, deveriam sentar no Parlamento e no comício só os juristas: que Deus nos livre!” (*loc. cit.*). Ele é na realidade “o habitual bordão” com que “os demolidores” atribuem à “novidade liberal” o fato de ter “a ignorância como sua bandeira. Como se disse outras vezes, sonhando, que os cidadãos soldados não tinham habilidade para as empreitadas guerreiras e, como se diz hoje, que um cidadão honrado não tem habilidade para decidir se deve confiar na testemunha honrada ou desconfiar de uma testemunha sagaz, do mesmo modo se dirá que os cidadãos privados não têm capacidade para julgar nos jornais as ações e especulações da burocracia; e se dirá finalmente que a legislatura, composta de centenas de homens jejunos nas ciências legais, não pode produzir senão leis ruins. O quadrilátero liberal tem por base o mesmo fundamento e será atacado com os mesmos argumentos. Deixai que Aníbal atravessasse o pelo Trasímene, e encontrá-lo-éis em Caña” (*ibidem*, p. 218-219).

⁽¹⁶⁴⁾ Ob. cit., p. 210 e par. 917, p. 423, em que ao “*hábito* de um oficial” Carrara contrapõe “as impressões de um coração puro”. Não é dito, todavia, que essas “impressões” não favoreçam posturas ainda mais severas do que as dos juízes profissionais. Sobre os “preconceitos” e as outras “afeições morais que alteram o senso de imparcialidade na judicatura por jurados”, cf. G. Romagnosi, *Della costituzione*, cit., par. 35, p. 72-73.

⁽¹⁶⁵⁾ L. Lucchini, ob. cit., p. 180; *ibidem*, p. 192-193: “A insistente e continuada repetição dos atos produz um outro fenômeno: a indiferença pelos atos mesmos. Disso decorre que o magistrado oficial, perenemente aplicado em julgar e, como deve ser mais freqüentemente, a condenar, forma um costume, um hábito, uma natural disposição ou propensão a reconhecer um culpado no imputado e a admitir facilmente a prova da culpabilidade”. Por isso, dado que “o longo exercício e a indefinida continuidade de nesse ofício oferecem mais perigos e danos que vantagens”, Lucchini propõe a *temporiedade* de

todos os cargos judiciários (ibidem, p. 180), além da supressão de toda forma de carreira, ou hierarquia ou distinção de ordem e grau entre os magistrados.

⁽¹⁶⁵⁾ Vejam-se as notas 145 e 211.

⁽¹⁶⁷⁾ Isso garante, todavia, a possibilidade da motivação. Em contraste insanável com o instituto do juiz popular está a forma escrita e secreta da fase instrutória e a conseqüente formação de “fascículos” (volumes) processuais, cujo conhecimento é destinado, de fato, a ser reservado somente aos juízes togados; estes, de resto, segundo um costume totalmente arbitrário que se firmou na práxis italiana, são ainda os únicos a propor as perguntas. A composição mista da nossa *Corte d'Assise* remete ao R.D. 249, de 23.03.1931, que suprimiu o velho júri de doze cidadãos instituído pela Lei 695, de 26.03.1848, e introduziu em seu lugar um colégio de dois magistrados de carreira e de cinco assessores de nomeação ministerial, depois substituídos, com a Lei 287, de 10.04.1951, por seis cidadãos escolhidos por sorteio. Sobre as experiências legislativas e o debate político desenvolvido no século passado em torno do nosso júri, cf. M. D'Addio, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 84-104. Em defesa do “sorteio” como melhor meio de escolha dos jurados, veja-se B. Constant, *Corso*, cit., V, p. 102, e *Sviluppamenti*, IX, p. 189.

⁽¹⁶⁸⁾ Isso vale, obviamente, para a jurisdição de cognição, tanto civil como penal, e não também para a jurisdição voluntária, que, na ausência do que chamei de “princípio de regulatividade”, tem de fato caráter substancialmente administrativo e só formalmente jurisdicional.

⁽¹⁶⁹⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XI, 4, p. 395.

⁽¹⁷⁰⁾ *Programma*, cit., p. 235-236.

⁽¹⁷¹⁾ J. S. Mill, *Considerations on representative government*, cit., cap. V, p. 229. A idéia conexas à concepção negativa do poder como “mal necessário” e da liberdade como “proteção da tirania dos governantes, tidos inevitavelmente como antagonistas do povo por eles governado... O escopo dos cidadãos era impor limites ao poder sobre a comunidade concedido ao governante: e essa limitação era o que eles entendiam por liberdade” (idem, *Sulla libertà*, cit., Introduzione, p. 23-24).

⁽¹⁷²⁾ *De cive*, cit., III, 20, p. 122. Analogamente, C. Beccaria, ob. cit., III, p. 14: “É necessário, portanto, que um terceiro julgue a verdade do fato”.

⁽¹⁷³⁾ Ob. cit., III, 21-22, p. 122-123. Recorde-se ainda a caracterização beccariana do juiz como “indiferente pesquisador da verdade” e do juízo como “pesquisa indiferente do fato” (ob. cit., XVII, p. 45-46). Sobre a “indiferença exigida aos juízes”, sobre os obstáculos que se lhe opõem e sobre as dificuldades práticas para realizá-la, cf. ainda L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisdizione*, cit., cap. XII, p. 130-141.

⁽¹⁷⁴⁾ Nesse sentido, cf. F. Carrara, *Programma*, cit., par. 918, p. 426-427, que contra a tese da “perfeita paridade” no que se refere à recusa entre acusação e defesa sustentou “que aqui se confunde a igualdade com a simetria; que no Ministério Público não podem existir razões de antipatia ou circunstâncias de relacionamentos pessoais entre ele e um jurado devido às quais o tema contrário a si; que o direito de recusa do Ministério Público deve ser *fundamentado*; que o Oficial [Funcionário] que representa a lei não deve nunca agir com base em afetos; que por conseqüência a recusa do Ministério Público deve ser ilimitada no número, mas limitada na causa: ou seja, deve ser *motivada* em circunstâncias especiais definidas *a priori* pela lei; por exemplo, um parentesco com o acusado ou íntimas relações existentes entre eles, a divulgação de voto e outros”.

⁽¹⁷⁵⁾ Cícero, *Pro Cluentio* XLIII, 120. Sobre a livre recusa no direito romano, cf. F.M. Pagano, *Considerazioni*, cit., VII, p. 39 e ss.; F. Benevolo, *Astensione e ricasazione dei giudici (materia penale)*, *Digesto italiano*, cit., IV, parte II, 1893, p. 128.

⁽¹⁷⁶⁾ Filangieri e Pagano recordam as três formas de “repulsa” que estavam em vigor na Inglaterra: além da mencionada dos 20 jurados recusáveis sem motivo antes do sorteio, a recusa “universal”, que com base em “motivos legais” investia o “presidente” ou “sheriff” e transformava todos os 48 juízes da lista por ele proposta, e aquela “por causa”, igualmente motivada, que se referia individualmente aos juízes da lista: G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XIX, art. IX, p. 469 e ss.; F. M. Pagano, ob. cit., VIII, p. 46 e ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. F. Benevolo, loc. cit.

⁽¹⁷⁸⁾ A recusa motivada foi introduzida na França pela Ordenação de 26 de abril de 1667 e reproduzida, depois do brevíssimo parêntese revolucionário, em todos os códigos oitocentistas (F. Benevolo, ob. cit., p. 128-129).

⁽¹⁷⁹⁾ Ocorre, além disso, que em caso de acusação grave o imputado possa, com base na lei, escolher os seus juízes, ou ao menos recusar um número tão elevado, que aqueles que sobre ele possam ser considerados de sua escolha” (ob. cit., XI, 6, p. 398).

⁽¹⁸⁰⁾ C. Beccaria, ob. cit., XIV, p. 35; G. Filangieri, loc. ult. cit.; F. M. Pagano, ob. cit., XXXII, p. 167, que propôs que ao imputado fosse atribuído o direito à “livre recusa de dois juízes”; F. Carrara, loc. ult. cit.; idem, Giurati. Ricusa (1876), *Opuscoli*, cit., VII, p. 123-136; E. Pessina, I principi moderatori delle istituzioni giudiziarie in materia penale, *Enciclopedia*, cit., parte II, Procedura, vol. I, p. XXIII; L. Lucchini, ob. cit., p. 188.

⁽¹⁸¹⁾ Cf., por exemplo, L. Lucchini, ob. cit., p. 315. Carmignani, ao contrário, exclui da livre recusa os juízes só de direito, ou seja de fato que de direito (*Elementi*, cit., par. 476-477, p. 135).

⁽¹⁸²⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XVII, p. 46. Contra a idéia do imputado como inimigo, cf. também Montesquieu, ob. cit., XI, 6, p. 399; Voltaire, *Commentario*, cit., XXII, p. 646.

⁽¹⁸³⁾ *Programma*, cit., I, p. 34 e 33.

⁽¹⁸⁴⁾ Sobre a separação de papéis e carreiras entre magistrados judicantes e magistrados inquirentes como condição de imparcialidade do juízo, insiste particularmente J. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, cit., cap. XIX, p. 34.

⁽¹⁸⁵⁾ F. Carrara, ob. cit., II, par. 861, nota, p. 335: por força dessa tendência, acrescenta Carrara, o Ministério Público “pouco a pouco vai se assenhorando do direito”.

⁽¹⁸⁶⁾ Ibidem, par. 845, nota, p. 304. O trecho prossegue: “E quando ele estiver subjugado ao Poder Executivo será mentiroso chamá-lo *representante da lei*: ele será um inquisidor *representante do governo*, e sobre a *vontade da lei* porá sempre a *vontade do governo*”. Ibidem, par. 855, p. 312: “Esse funcionário não é (ao menos no conceito científico de sua instituição) um *irenarca* ou um advogado fiscal, que só procura aquilo que prejudica ao inquirido. É um *Ministério Público* que representa a lei: e que por isso deve assumir a sua imparcialidade; e ser sempre indiferente aos resultados das suas pesquisas, contanto que tais resultados se mostrem conformes à verdade exterior”. Sobre os requisitos de imparcialidade e independência do Ministério Público, que “deve sobretudo ser cauto para não confundir o zelo pela acusação com o zelo pela justiça”, vejam-se também, ibidem, par. 867-869, p. 348-354. Pelo contrário, lamenta Carrara em uma nota ao par. 868 (p. 353-354), que “os ordenamentos judiciários dados novamente na Itália transportaram para cá o Briário, tomando-o ainda, o mais possível, cheio de braços, olhos e narizes para enraizá-lo como obstáculo perpétuo às liberdades civis... A esta figura certamente não convêm nem os limites do poder, nem os deveres que eu me comprazia em descrever aqui... Ela é de todo criação francesa, moderna, de todo filha do despotismo; que quis esconder sob a toga os seus centuriões, quando não mais ousava armá-los de elmos e couraças”.

⁽¹⁸⁷⁾ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XX, p. 484; J. Bentham, ob. ult. cit., cap. XIX, p. 35; F. Carrara, ob. cit., par. 867, p. 348-351; L. Lucchini, ob. cit., p. 219, os quais falam de “defensor público”, ou de “Ministério Público de defesa” ou ainda de “tribuna da defesa”, como magistratura pública simétrica ao Ministério Público de acusação e instituída com os mesmos poderes “em proteção da inocência”.

⁽¹⁸⁸⁾ *Politica*, cit., V, 11, 1313a, p. 290-291: “conservam-se... os reinos, se se inspiram em uma certa limitação do poder. Quanto menores são as atribuições do soberano, mais tempo durará o governo em sua integridade, porque então os reis pessoalmente se tornam menos despóticos e mais moderados em suas posturas. Isso permitiu que o reino dos Molossos e igualmente o dos Lacedemônios durassem muito tempo: aqui a soberania foi, desde o princípio, dividida em duas e Teopompo, depois, limitou-a em muitos aspectos e sustentou a magistratura dos éforos: desse modo, tolhendo-lhe parte das suas atribuições, tornou sua duração mais estável, de modo que em certo sentido não a tornou menor, mas maior”. A Aristóteles se deve ainda a primeira configuração de uma magistratura de vigilância, separada da magistratura judicante e destinada unicamente à execução da pena, devido a uma oportuna diferenciação de papéis: é “a mais indispensável, talvez, e mais difícil dentre as magistraturas; a ela cumpre a execução das sentenças emitidas contra os condenados, a exação das multas... a vigilância dos detidos. É difícil porque comporta grande impopularidade... O magistrado que condena deveria

ser outro que não o que executa o julgamento... porque quanto menos ódio os julgamentos derramarem sobre os executores tanto mais fácil lhes será a execução. O fato de serem os mesmos que condenam e cuidam da execução da sentença comporta duplo ódio: se então o fazem com todos, isso os torna odiados por todos. Em muitos lugares o ofício de carcereiro é diverso do de executor, como, por exemplo, em Atenas a magistratura dos assim chamados Onze. Por isso é melhor separar também essa função e procurar a seu propósito o mesmo expediente (*Politica*, cit., VI, 8, 1321b, p. 328-329).

⁽¹⁸⁹⁾ F. Carrara, ob. cit., p. 222-228, 232-233 e 239, considera “falsíssimo que o princípio do contrapeso na administração da justiça seja uma descoberta moderna”; e recorda “aquela bela instituição de Rômulo que para obter a *sábia justiça* a conservava como privilégio da classe patrícia, e para obter a *boa justiça* consignava à plebe a eleição anual dos magistrados”.

⁽¹⁹⁰⁾ Veja-se, sobre esse processo dúplice, o ótimo estudo de N. Picardi, *Il giudice ordinario*, cit. Cf. ainda, sobre a noção medieval de “iurisdictio”, P. Costa, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁽¹⁹¹⁾ O princípio geral que rege as esferas de competência e as relações entre juízes de vários níveis é aquele, enunciado por Santo Tomás, segundo o qual “nullus potest iudicare alicui nisi sit aliquo modo subditus eius vel per commissionem, vel per potestatem ordinariam” (*Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXVII, art. 1). Sobre as várias figuras de juízes e suas variadas denominações – “ordinari”, “iure proprio” ou “ex nativo nomine” e “delegati”, “ex dativo nomine”, “dativi” ou “pedanei”, “dottori” ou “giurisperiti” e “morum periti”, “laici”, “idioti”, “giurati” ou “probi viri”, “conti”, “scabini”, “vicari”, “locopositi”, “missi dominici” – cf. A. Pertile, ob. cit., VI, t. I, p. 197-237, e G. Salvio, ob. cit., parte I, p. 54-102, e, sobretudo, N. Picardi, ob. cit., p. 24 e ss. A oposição entre “iudex ordinarius” e “iudex delegatus” era percebida também no direito romano: CI. 1.37.2, intitulado “de iudicibus ordinariis”; CI. 3.1.5, intitulado “de iudice delegato” (“A iudice iudex delegatus, iudicis dandi potestatem non habet, cum ipse iudiciarius munere fungatur: nisi a Principe iudex datus fuerit”; CI. 3.16, em que “iudex ordinarius” é contraposto àquele que “ex imperiali numine iudex delegatus est”).

⁽¹⁹²⁾ N. Picardi, ob. cit., p. 26, que remete à máxima de Alano Aglico “papa est iudex ordinarius omnium” e, quanto à justiça imperial, distingue aquela exercitada pessoalmente pelo imperador ou mediante o vicariato do conde palatino no “tribunal palatino” daquela delegada a “missi” ou “legati”.

⁽¹⁹³⁾ *Ibidem*, p. 26 e ss. Do mesmo modo encontra-se a expressão “iudex ordinarius”, relativa tanto aos condes como a bispos e autoridades municipais (A. Pertile, ob. cit., IV, t. I, p. 57 e ss.). Sobre esse processo de feudalização da justiça, cf. ainda C. Calisse, Feudo, in *Digesto italiano*, cit., XI/2, 1892, p. 143, e G. Salvio, loc. cit.

⁽¹⁹⁴⁾ Picardi (ob. cit., p. 28-29) relembra a polêmica que contrapôs, ainda no início do século XIII, Azzone, sustentando que o poder jurisdicional pertencia “proprio iure” também aos magistrados delegados, e Lotário de Cremona, que ao contrário o atribuía exclusivamente ao imperador; e intervindo na discórdia deu obviamente razão a Lotário. A tese de Lotário foi retomada na Inglaterra por Henry Bracton, naturalmente com referência ao rei, por ele qualificado como “fons iustitiae” (*De legibus et consuetudinibus Angliae* (1256), trad. ingl. de S. E. Thorne, *On the laws and customs of England*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Ma.), 1968, liv. III, p. 107-108). A tese de Azzone (*Summa super codicem*, org. por M. Viora, Officina Erasmiana, Torino, 1966, p. 64-65) – já sustentada por seu mestre Giovanni Bassiano, segundo a qual o juiz delegado para a totalidade da atividade jurisdicional “non erit delegatus sed legatus et ordinarius” (*Libellus de ordine iudiciorum*, par. 10, reed. in *Scripta anecdota glossatorum*, org. de G. Tamassia e G. Palmerio, Virano, Bologna, 1892, vol. II, p. 213) – foi ao contrário retomada por Guglielmo Durante, o qual afirmou que “potestates et rectores qui in Italia eliguntur habent iurisdictionem ordinariam”, e resolveu a questão definindo modernamente “iudex ordinarius qui iure suo, vel principis beneficio universaliter iurisdictionem exercere potest”, e reservando a qualificação de “iudex delegatus” só ao juiz que hoje diríamos extraordinário e que “ex alterius commissione alicuius causae recipit iudicalem missionem” (*Speculum iuris* (1260), apud Haeredes Nicolaj Bevilacqua, Lugduni, 1578, liv. I, f. 41r-v).

⁽¹⁹⁵⁾ G. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Romae, 1629, liv. XV, *De iudicis et de praxi curiae romanae*, III, 2, p. 12 (citado por N. Picardi, ob. cit., p. 34). Veja-se, sobre a distinção, também J. Menochius, *De arbitrariis iudicium questionibus et causis libri duo*, apud Antonium De Francis, Venetiis, 1624, liv. I, quaestio XII, p. 21-22.

⁽¹⁹⁶⁾ S. Sciacca, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, Venetiis, 1596, I, cap. XVI, n. 1.

⁽¹⁹⁷⁾ H. Bracton, *De legibus*, cit., p. 107. Sobre a formação do ordenamento judiciário inglês após a crise da jurisdição feudal e a afirmação da jurisdição régia, veja-se ainda N. Picardi, ob. cit., p. 49-56. O duplo Poder Judiciário do rei – ordinário e delegante – que como veremos seria contestado cinco anos depois por Sir Edward Coke, está bem expresso por F. Bacon, *A view of the differences in question betwixt the king's bench and the council in the marches* (1607), trad. it. *Esposizione delle divergenze nella controversia tra il banco del re e il consiglio delle Marche*, in *Scritti politici, giuridici e storici*, org. por E. De Mas, Utet, Torino, 1971, vol. II, p. 45-46: “Além disso, nós dizemos que na prerrogativa do Rei há um duplo poder. Um poder que é delegado aos seus juizes ordinários na chancelaria ou lei comum, e um outro poder que é inerente a sua própria pessoa, pelo qual ele é juiz supremo no Parlamento e em todas as outras Cortes... E este seu poder a ele inerente, e aquilo que está incluído nele, é por isso isento do controle de qualquer Corte de justiça”. Uma descrição detalhada da organização judiciária inglesa e do duplo poder régio é oferecida também por T. Hobbes, *Dialogo*, cit., p. 431-458.

⁽¹⁹⁸⁾ A fórmula francesa “toute justice émane du roi”, a par do equivalente inglês “rex fons justitiae” ou “fountain of all justice”, foi a expressão, no *Ancien Régime*, da exigência – indubitavelmente progressiva – de conferir uma sombra de unidade à rede complicadíssima das “jurisdictions royales” e das inumeráveis (na ordem de dezenas de milhares) “jurisdictions seigneuriales”, das “de droit commun” e daquelas “d'exception”, assim como de todas as diversas formas de “justice déléguée” e de “justice retenue” (mediante as *lettres*, de que se falará na nota 205, ou a prática dos “jugements par commissaires”). Mas ela se manteve, ainda após a Revolução Francesa, no art. 57 da Carta “octroyée” de 4 de junho de 1814 e no art. 48 da Carta de 14 de agosto de 1830. E penetrou no art. 251 da Constituição espanhola de 1812, no art. 30 da Constituição belga de 1831, no art. 86 da Constituição prussiana de 1850, no art. 1 da lei constitucional austríaca de 21.12.1867, no art. 74 da Constituição espanhola de 1876, como também nos ordenamentos italianos pré-unitários, em que a fórmula “la giustizia emana del re” figura em todos os estatutos de 1848: no art. 68 do Estatuto albertino, no art. 81 da Constituição do Reino das Duas Sicílias, no art. 19 do Estatuto do grã-ducado da Toscana e no art. 3 do Estatuto fundamental do governo temporal dos Estados da Igreja. Só a Constituição da República romana de 1849 aboliu a fórmula, estabelecendo no art. 49 que “os juizes no exercício das suas funções não dependem de outro poder do Estado”. Uma dura crítica da idéia de que o rei é “fonte da justiça” – defendida ainda por Pell. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, 1828, vol. IV, leç. 92.^a – foi expressa por J. Bentham, *De l'organisation judiciaire*, cit., cap. III, p. 10, que a julgou “um resíduo de barbárie feudal, um ramo daquela árvore que produziu tantos venenos e cuja eterna glória a Assembléia constituinte destruiu em suas raízes”.

⁽¹⁹⁹⁾ N. Picardi, ob. cit., p. 36 e 43 e ss.

⁽²⁰⁰⁾ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Plon, Paris, 1957, I, p. 83.

⁽²⁰¹⁾ O episódio é assim narrado por Roscoe Pound em *Lo spirito della 'common law'*, cit., III, p. 57-58: “Na manhã de um domingo memorável, em 10 de novembro de 1612, os juizes da Inglaterra foram convocados perante o rei Jaime I a pedido do arcebispo de Canterbury. Parecia que a Alta Comissão, um tribunal administrativo para o controle da Igreja, havia começado a estender a sua competência aos assuntos temporais e a ocupar-se das violações da lei. Além disso, esse tribunal não só ignorava completamente a *common law* como também não seguia regras fixas, não sendo suas decisões sujeitas a apelação. Mas quando ele tentou prender por meio de seus agentes alguns leigos que haviam cometido delitos de natureza absolutamente temporal, a *Court of Common Pleas* interveio com uma declaração de incompetência, interrompendo, desse modo, o procedimento. Para contrastar com essa tomada de posição em favor da supremacia da lei, desenvolveu-se uma doutrina segundo a qual o rei podia avocar para si e decidir qualquer causa. O escopo da reunião daquela manhã de domingo era exatamente explicar aos juizes aquela doutrina e ouvir seus conselhos. O arcebispo expôs a teoria sobre a prerrogativa real em questão, dizendo que os juizes não eram senão delegados do rei e que em consequência o rei podia fazer pessoalmente, quando lhe aprouvesse, o que habitualmente era deixado aos seus delegados. Ele acrescentou que isso resultava claramente, se não da lei, sem dúvida da ordem divina, como poderia ter demonstrado com a palavra do Senhor segundo as Escrituras. A isso Coke respondeu que, segundo as leis da Inglaterra, o rei não podia pessoalmente julgar causa alguma: todas as causas, civis ou penais, deviam ser decididas em uma Corte de justiça segundo a lei e o costume do

reino. 'Mas', disse o rei, 'eu pensava que a lei se fundasse na razão, e tanto eu como os outros temos tanta razão quanto os juizes'. 'É verdade', respondeu Coke, 'que Deus concedeu a Vossa Majestade excelentes capacidades e grandes dotes naturais; mas Vossa Majestade não recebeu juntamente com eles o conhecimento das leis do seu reino; e as causas concernentes à vida, à hereditariedade, aos bens e às fortunas dos vossos súditos não são decididas por meio da razão natural mas pela razão e pela lógica convencionais da lei, a qual lei é uma arte que requer muito estudo e uma longa experiência, antes que um homem possa dizer conhecê-la'. Por essas palavras o rei se sentiu muito ofendido, e disse que isso significava que o rei era submisso à lei e uma afirmação do gênero representava traição. Coke respondeu, com as palavras atribuídas a Bracton, que o rei não devia submeter-se a nenhum homem, mas só a Deus e à lei. Essa não foi a última disputa e no final Coke, que jamais seria convencido a admitir a lei diferentemente de como deve fazê-lo um juiz, veio a ser destituído".

⁽²⁰²⁾ O fato é narrado por Ch. Montesquieu, ob. cit., VI, 5, p. 314-315: "Quando Luís XIII quis ser juiz no processo contra o duque de La Valette, e convocou em seu gabinete para tal fim alguns membros do Parlamento e alguns conselheiros de Estado, convidando-os a exprimirem seu parecer acerca da ordem de prisão, o presidente De Bellièvre disse: 'Nesse assunto eu vejo um fato estranho: um príncipe que manifesta sua opinião sobre o processo contra um de seus súditos; enquanto os reis se tinham reservado o poder de graça e haviam confiado as condenações a seus oficiais. E Vossa Majestade suportaria ver diante de si um homem que, por causa de seu julgamento, uma hora depois sairia para o patíbulo! O semblante do príncipe, que concede as graças, não pode tolerar uma tal coisa: só o seu comparecimento basta para retirar os interditos das igrejas; de sua presença não nos devemos afastar senão satisfeitos'. "E quando então se chegou ao julgamento, o mesmo presidente declarou: 'É um julgamento sem precedentes, antes contrário a todos os exemplos do passado, aquele no qual um rei da França condenou na qualidade de juiz, com seu voto, um homem de bem à morte'".

⁽²⁰³⁾ A favor da venalidade das funções judiciárias como fator de estabilidade e independência, se expressou Ch. Montesquieu, ob. cit., V, 19, p. 305-306 (em contradição no entanto com a já lembrada rejeição de que a justiça seja "confiada a um senado permanente" ao invés de a "pessoas trazidas do seio do povo": ibidem, XI, 6, p. 398). Sobre a "independência total do juiz", produzida pela venalidade de seu ofício, de modo que "não havia talvez país da Europa, mais que na França, em que os tribunais fossem independentes do governo", veja-se A. Tocqueville, *La rivoluzione democratica in Francia*, cit., p. 648 e 656. "Aquilo que sobretudo fornecia aos oprimidos um meio para se fazerem entender", acrescenta Tocqueville (ibidem, p. 710), "era o ordenamento da justiça. Os institutos políticos e administrativos tinham feito da França um país de governo absoluto, mas os franceses se mantiveram livres em virtude das instituições judiciárias. A justiça do Antigo Regime era mecânica, lenta e cara; defeitos gravíssimos, é certo, mas nela não se reencontrava jamais aquele servilismo frente aos poderes que não é senão uma forma de venalidade, e das piores. Aquele vício capital, que não só corrompe o juiz, mas contamina todo o corpo social, era-lhe totalmente estranho. O magistrado era inamovível e não procurava fazer carreira, duas coisas igualmente necessárias para salvaguardar a independência". E ainda: "Esses juizes, cuja organização não podia ser conservada, tinham todavia um mérito raro que os tribunais melhor constituídos, como aqueles que foram criados hoje, não possuem de modo algum. Essas Cortes eram independentes: não obedeciam a outras paixões senão às próprias" (ibidem, p. 943). Juízo análogo havia sido expresso por B. Constant, *Corso*, cit., cap. II, p. 56-57. E ainda antes por David Hume, que assim escreveu a Montesquieu: "Todos os declamadores que se encontram na França exercitam sua retórica contra a venalidade dos cargos, de que vós falais no mesmo capítulo; mas vós julgais a matéria com base em princípios mais verdadeiros e mais profundos", dado que os cargos venais "permitem aos vossos juizes conservar a liberdade e a independência" (Letra a presidente di Montesquieu de 10.04.1749, in *Lettere*, org. por M. Del Vecchio, Angeli, Milano, 1983, p. 103). Ao contrário, Voltaire, *Dialogues et anecdotes philosophiques* (1787), Garnier, Paris, 1966, XXVII, p. 265-266, assim ironizava: "Il est vrai que Montesquieu a la faiblesse de dire que la vénalité des charges est bonne dans les États monarchiques. Que voulez-vous? Il était président à mortier en province. Je n'ai jamais vu de mortier, mais je m' imagine que c'est un superbe ornement. Il est bien difficile à l'esprit le plus philosophique de ne pas payer son tribut à l'amour propre" ("é correto que Montesquieu tenha fraqueza de dizer que a venalidade das acusações é boa nos Estados Monárquicos. O que quereis vós? Ele foi presidente "com barrote" no campo. Eu nunca vi um barrote de magistrado, mas eu suponho que seja um ornamento soberbo. É muito difícil, mesmo ao espírito mais filosófico, de não pagar seu

tributo ao amor próprio”). Sobre as experiências pelas quais se afirmou na França a venalidade dos ofícios – surgida no século XIV, desenvolvida como prática ilegítima mas de fato consentida nos séculos XV e XVI e, por fim, autorizada e disciplinada de modo geral por um édito de 1604 que instituiu um imposto anual (a assim chamada “paulette”, devido ao nome de seu inventor Paulet) – cf. G. Pagès, *La vénalité des offices dans l'ancienne France* (1932), trad. it. *Lo Stato moderno. II. Principi e ceti*, org. de E. Rotelli e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 227-244; M. Rousselet, *Histoire de la justice*, Presses Univ. de France, p. 27 e ss.; J. Ellul, *Histoire des institutions* (1956-1969), trad. it. de G. Ancarani ed E. Nicolini, *Storia delle istituzioni*, Mursia, Milano, 1976, vol. III, p. 32-38; P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del settecento*, Laterza, Bari, 1977, p. 176-240.

⁽²⁰⁴⁾ Cf. N. Picardi, ob. cit., p. 70 e ss.; P. Alatri, ob. cit., parte II, em que são reconstruídos os numerosos conflitos entre rei e *parlements*, desde o primeiro exílio em massa para Pontoise de todo o parlamento parisiense por ordem do regente duque de Orléans em 18.07.1720, até a última e definitiva crise na véspera da Revolução. Recorde-se, em particular, a greve e a destituição do Parlamento de Paris em 1770-1771, que se seguiu à tentativa de reforma Maupeou de 1771, abandonada três anos depois (*infra*, nota 211); e além disso a destituição de 1787, seguida também do exílio de todo o Parlamento em Troyes e de seu retorno a Paris depois de menos de um mês. Os dois episódios são mencionados por A. Tocqueville, ob. cit., p. 710-711, 755 e 919-948, como provas da independência dos juízes perante o executivo nunca mais repetidas: “Quando, em 1770, o Parlamento de Paris foi destituído, os magistrados que o compunham sujeitaram-se à perda do grau e da função, sem que se visse uma só capitulação individual à vontade do Rei. Antes, vários colegas de outro gênero, como a *Cour des Aides*, que não foram atingidos ou ameaçados, se expuseram voluntariamente aos mesmos rigores, quando estes já se haviam tornado inevitáveis. Mais, e melhor ainda: os mais eminentes entre os advogados que exerciam suas funções perante o Parlamento quiseram dividir deliberadamente a mesma sorte; e, renunciando a tudo que lhes dava riqueza e brilho, condenaram-se ao silêncio ao deixar de comparecer perante juízes desacreditados e desonrados. Confesso não conhecer nada de tão grande na história do povo livre; e todavia esses fatos ocorreram em pleno século XVIII, ao lado da Corte de Luís XV”.

⁽²⁰⁵⁾ O instrumento principal de intervenções eram as *lettres*, semelhantes aos *royal writs* ingleses e estabelecidas *sur requête* ou *du propre mouvement du roi*, de forma *patente* ou *close*: as *lettres de cachet*, que eram providimentos judiciários com que o rei diretamente punia ou ordenava a prisão de um súdito; as *lettres de justice*, com que o rei estabelecia privilégios, atenuava penas, assentia dilações de pagamentos, prescrevia aos tribunais que julgassem segundo a equidade, ou fixava máximas de decisão; as *lettres de grâce*, com que ele concedia graça ou diminuía ou comutava penas; as *lettres de jussion*, com que ele prescrevia, contra as *remontrances* dos Parlamentos a quem competia o poder de *enregistrement* tanto das *lettres* como dos atos legislativos do rei, o registro de ofício; o recurso, por fim, após reiteradas trocas de *lettres de jussion* e de *lettres de remontration*, ao *lit de justice*, com o qual o rei tomava lugar no Parlamento e pelo qual procedia pessoalmente às decisões e em particular ao *enregistrement d'autorité* dos seus éditos (como ocorreu em 06.08.1787, quando Luís XVI ordenou o registro de um imposto do selo que em 17.06 o Parlamento havia rejeitado, reivindicando a competência em matéria fiscal dos Estados gerais, a qual em seguida ele declarou ilegal, provocando a histórica crise vencida pelo Parlamento recordada na nota precedente).

⁽²⁰⁶⁾ “É realmente verdade”, observa Tocqueville (ob. cit., p. 710) a propósito dos juízos comissariais, “que o poder real tinha conseguido subtrair dos tribunais ordinários a cognição de quase todas as causas em que a autoridade pública estava interessada; mas o fato mesmo de espoliá-las atestava o seu temor. Se o governo o impedia de julgar, não sempre ousava impedir que eles recebessem as instâncias e que dessem seu parecer; e já que a linguagem judiciária conservava então os modos do velho francês que se compraz de chamar as coisas pelos seus nomes, acontecia freqüentemente de os magistrados qualificarem, clara e francamente, como atos despóticos e arbitrários os providimentos do governo. A indevida intervenção dos órgãos judiciários nas coisas do governo, que sempre prejudicava a boa administração, constituía por vezes uma salvaguarda da liberdade: era um grande mal, que limitava um mal pior”. Sobre a popularidade dos Parlamentos, alimentada pelo ódio ao absolutismo real e aguçada com a crise deste, cf. ainda A. Tocqueville, ob. cit., p. 939-948.

⁽²⁰⁷⁾ J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, cit., par. 143, p. 358: “Uma vez que, dada a fragilidade humana propensa a apossar-se do poder, as mesmas pessoas que têm o poder de

fazer leis podem ser fortemente tentadas a ter em suas mãos o poder de executá-las, de modo a dispensar-se da obediência às leis que são feitas e manipular as leis, tanto ao fazê-las como ao executá-las, em própria vantagem privada, e assim conseguir ter um interesse distinto dos outros membros da comunidade, contrário ao fim da sociedade e do governo, por isso, portanto, nas sociedades políticas bem ordenadas, em que há o devido respeito ao bem da totalidade, o Poder Legislativo é colocado nas mãos de diversas pessoas, as quais, regularmente reunidas, hão de fazer as leis, por si ou conjuntamente com outros poderes, e quando as tiverem feito e estiverem de novo separadas, estão sujeitas às leis que elas mesmos fizeram, sendo um novo e rigoroso empenho cuidar de fazer isso em nome do bem público”.

⁽²⁰⁸⁾ Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, p. 396-397: “Há em todo Estado três tipos de poderes... Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados o Poder Legislativo é unido ao Poder Executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o próprio monarca ou o próprio Senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o Poder Judiciário não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo”. Cf., também, *ibidem*, VI, 5-6, p. 313-316. A tese é reproduzida por Diderot no artigo *Liberté civile*, *Encyclopédie*, cit., IX, p. 427: “Não há liberdade nos Estados em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão nas mesmas mãos. Nem há, com mais razão, naqueles em que o poder de julgar está unido aos Poderes Legislativo e Executivo”. O esquema de Montesquieu refere-se a I. Kant, *Principi metafísici*, cit., p. 499-500: “Todo Estado contém em si três poderes, vale dizer, a unidade da vontade geral se decompõe em três pessoas (*trias politica*): o Poder Soberano (a soberania), que reside na pessoa do legislador; o Poder Executivo, na pessoa que governa (conforme as leis); e o Poder Judiciário (que atribui a qualquer um o que é seu segundo a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislatória, rectoria et iudiciaria*)”.

⁽²⁰⁹⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XI, 6, p. 397.

⁽²¹⁰⁾ C. Beccaria, ob. cit., III, p. 14. No mesmo sentido, G. Romagnosi, *Della costituzione*, cit., par. 50, p. 111-112: “É portanto necessário que a classe judiciária esteja nas suas funções dependente da lei e independente das paixões armadas do poder”, de modo que prevaleça unicamente “um sentimento pessoal de verdade e justiça”; G. Carnignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 6 e 40-46, que qualifica o juiz como “terceira força”; F. Carrara, ob. cit., p. 223 e ss. e par. 805-806, p. 269-270.

⁽²¹¹⁾ J. Bentham, *De l'organisation judiciaire*, cit., cap. V, p. 12-14, em que a supressão da pluralidade dos foros e dos tribunais especiais e o princípio da “competência universal” de qualquer tribunal ordinário são sustentados com base em quatro argumentos: 1) a inutilidade dos inúmeros tribunais especiais; 2) a sua paradoxal escassez relativamente ao número necessário para garantir todos os tipos de tribunal especial em todas as regiões do país; 3) a incerteza das competências e a impossibilidade de os cidadãos se orientarem no “labirinto da justiça” sem a orientação de um “experto”; 4) o enfraquecimento da publicidade pela impossibilidade da opinião pública para prestar atenção a todas as diversas espécies de tribunais. A esses argumentos Bentham acrescenta o das desigualdades de tratamento, método judiciário e jurisprudência resultantes das inúmeras “demarcações artificiais da justiça” que formam um resíduo de “feudalismo”. A primeira atuação do modelo benthamiano da unidade da jurisdição e da universalidade das competências – contra o qual havia escrito ainda Montesquieu, que, em nome do valor associado ao julgamento pelos pares, defendeu o foro especial dos nobres e aquele mais ainda especial dos ministros (ob. cit., XI, 6, p. 404) – foi realizada pela Revolução Francesa com a lei de 16-24.04.1790 sobre o ordenamento judiciário, com a de 27.11-1^o.12.1790 sobre o Tribunal de Cassação e com o capítulo V do título III da Constituição de 03.09.1791, que formalizou, como veremos no subparágrafo que segue, a figura do juiz ordinário como juiz “natural”; e foi depois consolidada pela legislação napoleônica, a começar pelo senatus-consulto de 18.05.1804 até a lei sobre o ordenamento judiciário de 20.04.1810. Mas não se pode esquecer da reforma judiciária que toma o nome do chanceler de Luís XV, Maupeou, que com os dois decretos de 23.02 e de 13.04.1771 havia tentado desfilar a oposição dos Paramentos abolindo a venalidade dos cargos, instituindo uma classe de juízes nomeados pelo rei e pagos pelo Estado e tornando a justiça um serviço gratuito. A reforma, abandonada três anos depois pela sua impopularidade, que forçou Luís XVI, no *lit de justice* de 12.11.1774, a restaurar o velho regime dos Paramentos, é comumente reconhecida como a primeira tentativa de modernização em sentido progressista da organização judiciária (cf. N. Picardi, ob. cit., p. 71-72; P. Alatri, ob. cit., p. 401-402, e A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982, p. 31). Todavia, não se pode negar que ela se manifestou e foi de algum modo entendida como um experimento de justiça comissarial, voltado a forçar a independência dos juízes revoltosos no ano

anterior e substituí-los por “juízes descreditados e desonrados”, como lhes chamou Tocqueville no trecho aqui remetido à nota 204, em virtude de sua dependência em relação ao Executivo.

⁽²¹²⁾ Hegel distingue três poderes – o Poder do Soberano, o Poder Governativo e o Poder Legislativo – e coloca o Poder Judiciário, juntamente com o de Polícia, entre o Poder Governativo: “Da decisão são distintas a execução e a aplicação da decisão do príncipe, que, em geral, são o prosseguimento e a boa conservação das coisas já decididas, das leis, das disposições, dos ordenamentos existentes para fins comuns etc. Essa tarefa da subsunção em geral compreende em si o *Poder Governativo*, no qual são compreendidos os Poderes *Judiciário* e de *Polícia*, que, mais imediatamente, têm relação com a particularidade da sociedade civil e fazem valer, para estes fins, o interesse geral” (*Lineamenti*, cit., par. 287, p. 249).

⁽²¹³⁾ Sobre a persistência no século passado do princípio segundo o qual “a justiça emana do rei”, veja-se a nota 198. Nenhuma das cartas francesas oitocentistas, nem mesmo aquelas que introduziram o sistema parlamentar, reconheceu à ordem judiciária a dignidade de um “poder do Estado”. Na III República propriamente, como releva Georges Burdeau, “a justiça não é nem mesmo citada pelas leis constitucionais de 1875, e torna-se um simples serviço, no mesmo plano da instrução e da limpeza públicas: o ‘Judiciário’ deixou de ser um poder no sentido que a filosofia política do século XVIII dava a essa palavra” (*Les libertés publiques*, cit., p. 138).

⁽²¹⁴⁾ A independência dos juízes foi taxada de “mentira vazia”, pouco antes do fascismo, por P. Calamandrei, *Governo e magistratura* (1921), in *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1966, II, p. 197. Contra a burocratização do Poder Judiciário e a carreira dos juízes se havia expressado a Escola Penal Clássica: cf., por todos, L. Lucchini, ob. cit., p. 180-182. Veja-se, na ampla literatura sobre a organização judiciária na Itália pré-republicana, L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Barbera, Firenze, 1896; E. Piola Caselli, *Magistratura*, *Digesto italiano*, cit., XV/1, 1903, p. 121-271; idem, *Ordinamento giudiziario*, ibidem, XVII, 1904, p. 941-974; idem, *La magistratura*, Utet, Torino, 1907; F.S. Merlino, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia* (1925), org. de N. Tranfaglia, Feltrinelli, Milano, 1974, p. 245-311; P. Jannelli, *Ordinamento giudiziario*, *Nuovo digesto italiano*, cit., XVII, 1939, p. 229-254; M. D’Addio, ob. cit.; idem, *Politica e magistratura*, cit.; idem, *La giustizia dopo l’unità*, in *Amministrazione della giustizia e poteri di polizia dagli stati preunitari alla caduta della destra*, Istituto per la Storia del Risorgimento Italiano, Roma, 1986, p. 325-360; M. Battaglini, *Notizie di alcuni documenti inediti sull’ordinamento giudiziario piemontese*, ibidem, p. 409-424; P. Marovegli, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1925*, Giuffrè, Milano, 1967; G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura*, Laterza, Bari, 1972; idem, *La magistratura e il fascismo*, *Fascismo e società italiana*, Einaudi, Torino, 1973; P. Piasenza, *L’irresponsabilità politica della magistratura nello Stato liberale. Il Piemonte e lo statuto (1848-1851)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, p. 533-633; A. Pignatelli, *I controlli politici sul giudice dallo Stato liberale al regime fascista*, *Politica del diritto*, 1975, I, p. 103-126; A. Giuliani e N. Picardi, *La responsabilità del giudice: dallo Stato liberale allo Stato fascista*, cit.

⁽²¹⁵⁾ A fórmula do art. 101 da nossa Constituição “a justiça é administrada em nome do povo” – em vez de “em nome do rei”, como diziam o Estatuto albertino e as outras cartas referidas pela nota 198 – surgiu pela primeira vez no art. 81 da Constituição da Segunda República francesa de 4 de novembro de 1848. É notória a importância da fórmula como fundamento político da independência dos juízes: de um lado, em conexão com o princípio do juiz natural decretado pelos arts. 25 e 102, ela serve para excluir toda forma de justiça *retenué*; de outro, ela confere ao Poder Judiciário uma legitimação baseada diretamente na soberania popular e por isso autônoma em relação a qualquer outro poder do Estado.

⁽²¹⁶⁾ A literatura italiana sobre as garantias orgânicas da independência *externa*, por meio do autogoverno da classe judiciária, e *interna*, através da inamovibilidade, da nomeação por concurso e a ausência de carreira, é vasta. Uma bibliografia até 1973 é oferecida por Renato Moretti em *L’ordinamento giudiziario*, org. por A. Pizzorusso, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 544-563. Vejam-se, ainda, na parte IV do mesmo volume, os escritos de Marco Devoto, Sergio Bartole, Giuseppe Volpe e de Sergio Ortino. Entre os sucessivos escritos, cf. G. Giacobbe, *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Giuffrè, Milano, 1973; S. Senese e outros, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978; idem, *Il Consiglio superiore della magistratura: difficoltà dell’autogoverno o difficoltà della democrazia?*, *Questione giustizia*, 1983, 3, p. 1-65; V. Denti, *Il potere giudiziario, in*

AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979, p. 173-206; G. Volpe, *Ordinamento giudiziario generale*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXX, 1980, p. 836-887; A. Pizzorusso, *Organi giudiziari*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXI, 1981, p. 83-108; idem, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit.; idem, *Ordinamento giudiziario*, *Novissimo digesto italiano*. *Appendice*, cit., vol. V, 1984, p. 530-548; S. Bartole, *Consiglio Superiore della Magistratura*, ibidem, vol. II, 1981, p. 459 e ss.; idem, *Il potere giudiziario*, *Manuale di diritto pubblico*, org. por G. Amato e di A. Barbera, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 721-758; C. Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padova, 1981; V. Onida, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 159-195; E. Gallo, *Il Consiglio superiore della magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, *L'indice penale*, 1986, I, p. 5-27; M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Esi, Napoli, 1984; G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*, Giappichelli, Torino, 1986, cap. II; P. Bonifacio e G. Giacobbe, *La magistratura*. Art. 104-107, *Commentario della Costituzione*, org. por G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1986.

⁽²¹⁷⁾ Cf., sobre os aspectos institucionais e culturais da continuidade, A. Battaglia, *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954; idem, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, *Dieci anni dopo*, Laterza, Bari, 1955; idem, *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962; C. Pavone, *La continuità dello Stato*. Istituzioni e uomini, in AA. VV., *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 1974, p. 137-290; R. Canosa e P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1974; L. Ferrajoli, *L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano*, *Quale giustizia*, 1973, n. 21-22, p. 502-515; S. Senese, *La magistratura italiana*, cit., p. 5-31.

⁽²¹⁸⁾ Uma circular de 07.07.1962 do Conselho Superior da Magistratura vetou a inserção nas práticas de concursos de todas as informações de natureza política que desde então eram assumidas pela polícia com base no art. 8.º do Ordenamento judiciário de 41 (que entre os requisitos para a admissão previa "a ilibada conduta civil, moral e política"). Sobre as intervenções censórias do CSM também concernentes às outras informações relativas à moralidade dos candidatos (o não mais vigente art. 124 do Ordenamento judiciário), cf. G. Volpe, *La carriera dei magistrati*, in A. Pizzorusso (org.), *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 357-390.

⁽²¹⁹⁾ Além dos escritos citados na nota 52 do capítulo 12, limito-me a relembrar, na literatura mais recente sobre as vicissitudes político-culturais da magistratura italiana, S. Senese, ob. ult. cit., p. 39-87; A. Pizzorusso, *L'organizzazione*, cit., p. 38-51; S. Pappalardo, *Gli iconoclasti. Magistratura democratica nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Angeli, Milano, 1987; além das comunicações de Salvatore Senese, Giovanni Palombarini e Franco Ippolito respectivamente nos últimos cinco congressos da Magistratura Democrática (em Urbino, 28 a 30.09.1979; em Giovinezza, 06 a 08.11.1981; em Sorrento, 26 a 29.01.1984, em Rimini, 1.º-04.05.1986 e em Palermo, 27 a 30.10.1988), em *Quale giustizia*, 1978, 47-48, p. 699-719 e em *Questione giustizia*, 1982, n. 2, p. 415-455, 1983, n. 3, p. 623-672, 1986, n. 1, p. 199-253, e 1988, n. 3, p. 603-694). Vejam-se, ademais, sobre o sistema judiciário espanhol após a queda do franquismo, os ótimos estudos de P. Andrés-Ibañez e C. Movilla Alvarez, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986; P. Andrés Ibañez, *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988.

⁽²²⁰⁾ A definição é de L. Lucchini, ob. cit., p. 202.

⁽²²¹⁾ Sobre esses três significados, cf. M. Pisani, *La garanzia del giudice naturale nella Costituzione italiana*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, p. 416-417; C. Taormina, *Giudice naturale e processo penale*, Bulzoni, Roma, 1972, p. 48-52; R. Romboli, *Il giudice naturale*, I, Giuffrè, Milano, 1981, p. 10-11; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 216 e ss.; M. Nobili, *Il 1.º comma dell'art. 25*, *Commentario della Costituzione*, cit., *Rapporti civili*. Art. 24-26, p. 134-226. No primeiro significado o princípio inclui também a proibição, habitualmente negligenciada pela doutrina, de determinação discricionária dos processos por parte dos chefes dos órgãos.

⁽²²²⁾ C. Taormina, ob. cit., p. 24 ss. A mesma coisa – recorda Taormina – se pode dizer para a experiência constitucional americana, que nas Constituições de Connecticut, da Carolina do Norte e de Vermont se limita a receber o princípio da não derrogação do "judicium parium suorum", estabelecido pelos arts. 21 e 39 da *Magna Charta*; e nas Constituições da Virgínia, da Pensilvânia, de Maryland, de Massachusetts e de New Hampshire não vai além da conotação de tais princípios como simples critério de competência territorial voltado a assegurar que o juízo seja desenvolvido por "homens da vizinhança", ou "do país" do acusado ou "do local em que o fato foi cometido".

⁽²²³⁾ Precisamente, a *Petition of Rights* de 1628, enquanto em seu art. 3.º confirma o princípio da *Magna Charta* da infalibilidade do julgamento pelos pares, no art. 7.º afirma que “nenhum criminoso, de qualquer condição que seja, pode ser isentado das formas da justiça ordinária, nem evitar as penas que lhe infligam as leis ou os estatutos do reino”; E depois de ter lamentado no art. 8.º as condenações à morte ilegais irrogadas no passado pelas “comissões sob o grande sigilo de V. M.”, no art. 9.º as declara “contrárias às leis e aos estatutos do vosso reino” e exige que elas “sejam revogadas e anuladas e que não seja mais deliberado algo semelhante”. Mais peremptoriamente, o art. 3.º do *Bill of Rights* de 1689 estabelece que “a antiga Corte dos comissários e Cortes de análoga natureza são ilegais e perniciosas”.

⁽²²⁴⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XII, 22, p. 452.

⁽²²⁵⁾ “Juge ordinaire est celui qui est le *juge naturel* du lieu, et qui a le plein exercice de la jurisdiction, sauf ce qui peut en être distraint par attribution ou privilege; à la différence des juges d'attribution ou des privileges et des commissaires établis pour juger certaines contestations, lesquels sont seulement juges extraordinaires” (“Juiz ordinário é aquele juiz natural do lugar, e que tem pleno exercício da jurisdição, salvo nos casos em que podem ser afastados em virtude da atribuição ou privilégio; à diferença dos juizes de atribuição ou privilégios e dos comissários nomeados para julgar certas demandas, os quais são apenas juizes extraordinários”) (A. G. Boucher D'Argis, Juge (Jurispr.), *Encyclopédie*, cit., vol. IX, p. 13); “Juge extraordinaire, seu quasi extra ordinem naturale, est celui qui n'a pas la jurisdiction ordinaire, mais seulement une jurisdiction d'attribution, tels que les cours des aides, élections, greniers à sel, tables de marbre, maîtrises, les consuls; ou comme les juges de privilege, tels que des requêtes de l'hotel et du palais, le prévôt de l'hotel, les juges conservateurs des privileges des foires et ceux des universités” (“Juiz extraordinário... é aquele que não tem jurisdição ordinária, mas apenas uma jurisdição de atribuição, como nos casos das cortes de amparo, eleições, depósitos de sal, mesas de mármore, mestres, cônsules: ou como os juizes de privilégio, tais como os das reclamações da prefeitura e do palácio, do prefeito, os juizes conservadores dos privilégios das feiras e aqueles das universidades”) (ibidem, p. 11).

⁽²²⁶⁾ Ainda antes o art. 17, tít. II, de uma lei de 16-24.08.1790 havia feito uso, pela primeira vez em um texto legislativo, da expressão “juiz natural”, estabelecendo que “les judiciables” não podem ser “distracts de leur *juges naturels* par aucun commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi” (“afastados de seus juizes naturais por nenhuma comissão, nem por outras atribuições ou avocações a não ser as determinadas em lei”).

⁽²²⁷⁾ J. Bentham, *De l'organisation judiciaire*, cit., cap. V, p. 12-13. Contra a instituição de juizes extraordinários, cf. ainda B. Constant, *Corso*, cit., V, p. 105-107 e *Sviluppamenti*, X, p. 193-195.

⁽²²⁸⁾ “Ninguém pode ser destituído dos juizes que a lei lhe assegura por parte de alguma comissão nem por atribuições diversas das que são determinadas por uma lei anterior” (in A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 486).

⁽²²⁹⁾ Vejam-se os textos de A. Saitta, ob. cit., p. 576, 583, 628, 678. O princípio desaparece completamente nos sucessivos textos constitucionais franceses.

⁽²³⁰⁾ Recordem-se as enunciações do princípio – além de no art. 71 do Estatuto arbertino – no art. 224 da Constituição da República Cispadana, no art. 204 da Constituição da República Cisalpina de 1797, no art. 204 da Constituição da República romana de 1798, nos arts. 163 e 164 da Constituição napolitana de Murat de 1815, no art. 237 da Constituição do Reino das Duas Sicílias de 1820, nos arts. 8.º e 94 da Constituição belga de 1831; nos arts. 25 e 83 da Constituição do Reino das Duas Sicílias de 1848; no art. 4.º do Estatuto do Grã-ducado de Toscana de 1848; no art. 4.º do Estatuto do Estado pontifício de 1848; no art. 4.º da Constituição da República romana de 1849.

⁽²³¹⁾ Instituído pela Lei 2.008, de 25.11.1926, e prorrogado pela Lei 674, de 04.06.1931, pelo r.d.l. n. 2.136, de 15.12.1936 e por fim, “até nova disposição”, pelo r.d.l. n. 1.386, de 09.12.1941. A “não extraordinariedade” e “legitimidade” do tribunal especial foram avaliadas por toda a doutrina da época: vejam-se V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., vol. II, p. 9 e 16; E. Massari, *Le dottrine generali del processo penale*, Jovene, Napoli, 1930, p. 150-151; S. Longhi, Tribunale speciale permanente, *Rivista Penale*, 1935, p. 817; G. B. De Mauro, Tribunale speciale per la difesa dello Stato, *Nuovo Digesto Italiano*, cit., XVIII, 1940, p. 487-495.

⁽²³²⁾ Sobre a questão, vejam-se, em particular, S. Senese, Giudice naturale e nuovo processo del lavoro, *Foro italiano*, XCVII, IV, 1974, p. 117 e ss.; A. Pizzorusso, Il principio del giudice naturale nel

suo aspetto di norma sostanziale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1895, p. 15 e ss.; S. Mattone, Il giudice naturale, in A. Pignatelli e C. Viazzi (orgs.), *La formazione del giudice*, cit., p. 23-49.

(233) Cf. F. Carrara, ob. cit., par. 879-880, p. 364-365, que relembra os conflitos na Idade Média entre as jurisdições baroniais [dos barões], que mantinham o critério *domiciliario*, e as jurisdições régias que conservavam ao contrário o critério *local*: esse segundo critério prevaleceu na França só no século XVI, com a Ordenação de Moulins de Carlos IX. A questão perdeu qualquer relevância política hoje. Relevantíssima, porém – na medida em que poderia realizar plenamente o princípio benthamiano da universalidade das competências, excluindo toda manipulação da sua ordem mediante a formulação das imputações – seria a exclusão do critério da “matéria” e a assunção do critério territorial como exclusivo e exaustivo.

(234) Cf., *supra*, a nota 222.

(235) A clássica pergunta é de Juvenal, *Satirae*, VI, 347. Dela parte o ensaio sobre a responsabilidade dos juízes de G. Astuti e U. Nicolini, *Custodire i custodi*, Giuffrè, Milano, 1975.

(236) Sobre os diversos sistemas de eleição adotados nos vários estados – *partisan*, com mais candidatos de partidos concorrentes; *non partisan*, com mais candidatos não de partidos; *non concurrent*, quando graças ao sistema *non partisan* se chega à apresentação de um só candidato; o método chamado *Missouri Plan*, quando o candidato é designado pelo Governador e por ele oferecido ao eleitorado com base em uma lista tríplice selecionada por uma comissão de juristas – cf. V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 25-31.

(237) Cf., na amplíssima literatura sobre o ordenamento judiciário inglês hodierno, R. M. Jackson, *The machinery of justice in England*, 7.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1977; M. Zander, *Cases and materials on the English legal system*, 3.ª ed., Weidenfeld and Nicholson, London, 1980; V. Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 53 e ss.; R. Rudd, Responsibility of judges in England, *L'educazione giuridica. III: La responsabilità del giudice*, cit., p. 331-384; L. Moccia, Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi, *L'ordinamento giudiziario. II: Documentazione comparativa*, org. por A. Giuliani e N. Picardi, Maggioli, Rimini, 1985, p. 281 e ss.; A. Pizzorusso, Profili di giustizia inglese, *Questione di giustizia*, 1983, 4, p. 1025-1034; V. Vigoriti, ob. cit., p. 20-23.

(238) Sobre a nomeação de juízes federais norte-americanos, cf. S. Volterra, Il modo di nomina dei giudici federali negli Stati Uniti in rapporto all'indipendenza della Corte, in G. Maranini (org.), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 321-345; V. Vigoriti, ob. cit., p. 24. Análogo é o sistema de nomeação dos juízes nos países latino-americanos. Por exemplo, no Brasil os juízes federais são nomeados pelo Presidente da República sob proposta da Corte Suprema e os juízes dos Estados, pelos respectivos governadores, com a prévia aprovação, em todos os casos, das correspondentes assembleias legislativas. Na Argentina, os juízes da Corte Suprema e dos outros “tribunais inferiores” são nomeados pelo Presidente com o assentimento do Senado. A mesma coisa ocorre no México, em que as nomeações presidenciais se consideram aprovadas se a Câmara dos Deputados não decidir dentro de dez dias. No Chile, os juízes são igualmente nomeados pelo Presidente com base em lista de nomes designados pelas várias cortes. Na Colômbia os juízes da Corte Suprema são nomeados pelas Câmaras com base em listas tríplices indicadas pelo Presidente; e o mesmo ocorre na Nicarágua, segundo a recente Constituição de 1987, que atribui à Corte Suprema, além disso, a nomeação de todos os outros juízes. Na Venezuela e na Costa Rica, por fim, os juízes da Corte de Cassação e da Corte Suprema de justiça são eleitos periodicamente pelo Congresso. Analogamente, na Bolívia, os juízes da Corte Suprema são eleitos pela Câmara dos Deputados com base em listas tríplices propostas pelo Senado; os juízes distritais, pelo Senado a partir de lista proposta pela Corte Suprema, e os juízes de circunscrição, pela Corte Suprema a partir de lista tríplice oferecida pelas cortes distritais.

(239) Cf., nesse sentido, L. Moccia, ob. cit., p. 291-330; V. Vigoriti, ob. cit., p. 22-23. Sobre as ligações entre política e justiça na Inglaterra, veja-se a pesquisa histórica de R. Stevens, *Law and politics. The House of Lords as a judicial body. 1800-1976*, Weidenfeld and Nicholson, London, 1979; J. A. G. Griffith, *The politics of the judiciary* (1977), trad. it. de M. Chiti, *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980. “Convém perguntar-se”, escrevia por isso John Stuart Mill, “se a irresponsabilidade dos juízes não causa, no fim das contas, menor tendência a perverter sua conduta do que a responsabilidade em relação a um governo ou a um voto popular” (*Il governo rappresentativo*, cit., XIV, p. 253-254).

⁽²⁴⁰⁾ Refiro-me às conhecidas teses desenvolvidas por Alessandro Giuliani e por Nicola Picardi nos trabalhos citados *infra* na nota 246.

⁽²⁴¹⁾ Sobre a estrutura burocrática da magistratura italiana pré-republicana veja-se a literatura referida pela nota 214. Sobre a da magistratura francesa, cf. J. Kieffer, *L'organisation judiciaire française: formation et recrutement des juges, L'ordinamento giudiziario. II: Documentazione comparativa*, cit., p. 108-136; V. Vigoriti, ob. cit., p. 18-20 e – em apêndice, p. 165-181 – os textos dos arts. 505-516 do Código de Processo Civil sobre a responsabilidade dos magistrados, os arts. 64-65 da Constituição de 04.10.1958 e as leis sobre o Estatuto dos magistrados e sobre o Conselho Superior da Magistratura. Basta pensar, para compreender a posição subalterna da magistratura no sistema constitucional francês, no princípio do *Ancien Régime* enunciado pelo art. 64 da Constituição de 1958: “Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature” (“o presidente da República garante a independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho Superior da Magistratura”), o qual, estabelece o art. 65, é chefiado pelo Presidente, formado por nove membros por ele nomeados além do Ministro da Justiça e procede, juntamente com estes últimos, à nomeação, às promoções e à disciplina dos magistrados.

⁽²⁴²⁾ Cf., no sentido de uma ausência de “responsabilidade política” dos juízes italianos, U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 116 e ss.; A. Pizzorusso, *Introduzione all'ordinamento giudiziario*, cit., p. 46-48; V. Ferrari (org.), *Garanzie processuali o responsabilità del giudice*, Angeli, Milano, 1981, e em particular os escritos de M. Ramat, de V. Zagrebelski, de F. Carpi, e de U. Scarpelli; G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma, Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, p. 792 e ss.; N. Trocker, *La responsabilità del giudice, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, p. 1283 e ss.; V. Vigoriti, ob. cit., p. 15 e ss. Em sentido totalmente diverso se tem falado em “responsabilidade política” para designar a exposição das escolhas discricionárias (ou “políticas”) dos magistrados ao controle da opinião pública e a sua consequente responsabilidade frente à soberania popular: cf., por exemplo, M. Ramat, *Responsabilità politica della magistratura, Foro amministrativo*, 1969, III, p. 15 e ss.; E. Cheli, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 143-149; A. Pignatelli, *Applicazione del diritto e responsabilità politica del giudice, Quale giustizia*, 45-46, 1978, p. 472-474. Para evitar inúteis equívocos terminológicos, usarei, para esse segundo tipo, a expressão “responsabilidade social” (*infra*, no ponto 8 deste parágrafo).

⁽²⁴³⁾ Cf., *supra*, as notas 216 e 218. A primeira proposta de garantir a independência dos juízes em relação ao Executivo mediante o “apoio autorizado” de um órgão de autogoverno remete a Giandomenico Romagnosi: “A razão precípua pela qual se dá preferência aos jurados é sua independência moral da ação do governo... Mas talvez não se possa obter essa independência moral nem mesmo com a instituição cuidadosa dos tribunais permanentes? E quando se temesse qualquer perigo em particular, não se poderia talvez valer de um apoio autorizado?... É verdade que os juízes nomeados dependentes do governo, ao bel-prazer da autoridade de que dependem, devem-se presumir inclinados a secundar suas vontades: mas se fizerdes com que a destituição ou a suspensão de um juiz não esteja mais nas mãos do governo, mas dependa do voto de uma terceira autoridade; se sujeitardes as discussões a uma publicidade solene, vós não somente tornareis livres e imparciais no coração dos juízes aquele senso moral que naturalmente repugna submeter um cidadão à tirania, mas também dareis ao juiz mesmo um ponto de apoio que lhe dá coragem para afrontar ou não tomar em conta [it. *porre in non cale*] as injustas indignações ministeriais” (*Della costituzione*, cit., par. 34-36, p. 71-75).

⁽²⁴⁴⁾ Cf., por exemplo, R. Miliband, *The state in capitalist society* (1969), trad. it. de L. Trevisani, *Lo stato nella società capitalistica*, Laterza, Bari, 1970, p. 162 ss., em que se analisam “as múltiplas influências e sobretudo o condicionamento da origem e da posição de classe, da instrução e dos preconceitos profissionais” sobre as “*élites giudiziarie*”, as quais provêm prevalentemente dos estratos mais elevados e médios da sociedade” ou “passam a fazer parte deles quando assumem as suas funções”.

⁽²⁴⁵⁾ Veja-se, nesse sentido, G. Borré, P. Martinelli, L. Rovelli, *Unità e varietà nella giurisprudenza* (1971), in *L'ordinamento giudiziario*, org. de A. Pizzorusso, cit., p. 265: “O mecanismo do concurso”, se por um lado “confirma que o Poder Judiciário não é um instrumento do Governo, do qual não recebe investidura, nem da maioria parlamentar, que não tem poderes eletivos”, por outro “opera como seleção da preparação técnica, mas não das opiniões ou perspectivas pessoais, com respeito às quais opera ao contrário uma espécie de *seleção por amostragem* que reproduz naturalmente (com alguma

herança provocada prevalentemente pelo tipo de seleção universitária) as diversidades existentes nos sujeitos a respeito dos quais ocorre tal seleção. E já que o concurso é aberto a todos os cidadãos, é natural que por meio dessa seleção tenham ingresso na magistratura (tanto mais quando o direito ao estudo se torne realidade operante) todos os pontos de vista que se encontrem na realidade do país”.

⁽²⁴⁶⁾ A. Giuliani e N. Picardi, La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici, in *L'educazione giuridica. III. La responsabilità del giudice*, cit., p. 3-74; idem, *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*, ibidem, p. 564-617; idem, I modelli storici della responsabilità del giudice, in *L'ordinamento giudiziario. I: Documentazione storica*, cit., p. 208-269; idem, Professionalità e responsabilità del giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, n. 2, p. 249-299 (com amplas referências à literatura do último decênio).

⁽²⁴⁷⁾ Sobre esses modelos pré-modernos de responsabilidade profissional por culpa e também por “imperitia”, vejamos-se, além dos trabalhos de Giuliani e Picardi referidos na nota precedente, G. Astuti, Indipendenza e responsabilità del giudice, *L'educazione giuridica. III. La responsabilità del giudice*, cit., p. XV e ss.; G. Pugliese, *Riflessioni riassuntive e finali*, ibidem, p. 625 e ss. Vejamos-se, além disso, U. Nicolini, *Il principio di legalità nella democrazia italiana*, cit., p. 367-392; P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., vol. II, p. 175-201; A. Padua Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. II, p. 201 e ss.

⁽²⁴⁸⁾ R. Rudd, Responsibility of judges in England, *L'educazione giuridica. III*, cit., p. 331-384; J. H. Merryman, *Judicial responsibility in the United States*, ibidem, p. 260-330; G. Pugliese, *Riflessioni*, cit., ibidem, p. 625; V. Vigoriti, ob. cit., p. 58-68.

⁽²⁴⁹⁾ A “prise à partie”, prevista pelos arts. 505-516 do velho *Code* napoleônico de 1806 e estendida aos casos de “faute lourde” por uma lei de 1933, pareceria suprimida depois que uma lei de 05.07.1972 introduziu a responsabilidade civil do Estado, ressalvado o regresso na verificação da culpa do juiz e, sobretudo, depois que uma segunda lei sobre o *statut* dos juízes, de 18.01.1979, estabeleceu que os cidadãos prejudicados poderiam agir só contra o Estado. Cf., sobre o problema, A. De Vita, La responsabilità del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese, *Foro italiano*, 1979, V, p. 181 e ss.; F. Terré, La responsabilità des juges en droit français, *L'educazione giuridica. III*, cit., p. 446-461; V. Vigoriti, ob. cit., p. 55-58 e 165 e ss. Uma responsabilidade por culpa está, ao invés, prevista na Espanha, tanto pelo Código de Processo Civil (por “negligencia ou ignorancia inexcusable”) como pela Lei Orgânica do Poder Judiciário: cf. S. Sentis Melendo, La responsabilidad del juez en España y en Argentina, *L'educazione*, cit., p. 390-394; P. Andrés Ibañez e C. Movilla Alvarez, *El poder judicial*, cit., p. 342-374. Inspirados no modelo francês, são os Códigos de Processo italianos de 1865 (art. 783) e de 1942 (art. 55), assim como o belga de 1867 (art. 1.140), que reproduzem a fórmula da responsabilidade civil por “dolo, fraude e conculsação” e por “denegação de justiça”, contida no art. 505 do Código Napoleônico de 1806. Mais restritivo é o sistema alemão, em que os arts. 34 da Constituição e 839, par. 2.º, do Código de Processo Civil restringem a responsabilidade por dano somente ao Estado, permitindo-lhe o regresso nas verificações da culpa dos juízes só em caso de responsabilidade penal concorrente (W. Grunsky, La responsabilità del giudice nel diritto tedesco, *L'educazione*, cit., p. 223-241; K. Beer, La responsabilità dei giudici per attività giurisdizionali nella Germania Federale, *Questione giustizia*, 1986, 4, p. 1.013-1.018). Às diversas formas de responsabilidade do juiz na União Soviética, Polônia, Grécia, Egito e Argentina são dedicados muitos outros ensaios no já várias vezes citado *L'educazione giuridica. III*.

⁽²⁵⁰⁾ Ch. Montesquieu, ob. cit., liv. XII, cap. XX, p. 449-450; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. II-IV, p. 333-362; B. Constant, *Commento*, cit., cap. VI, p. 590-592. “Desde que haja pessoa em um Estado”, escreve em particular Filangieri (cap. IV, p. 358) “que possa impunemente caluniar-me, a minha liberdade não está protegida”. Sobre a responsabilidade penal dos juízes na Alta Idade Média e na Idade Média Central, que comportava de penas pecuniárias até a morte, cf. A. Pertile, ob. cit., vol. VI, t. I, p. 7-8 e t. II, p. 416-417. Em particular, sobre as penas para os juízes em caso de denegação de justiça, de sentença dolosa e de negligência, veja-se G. Salvio, ob. cit., t. I, p. 336-344 e t. II, p. 739. Uma responsabilidade penal draconiana foi sustentada por exemplo por T. Campanella, *La città del sole*, cit., cap. XXIV, 7, p. 1.163: “que todo juiz que não tenha julgado segundo a lei seja decapitado, etiam in minimis”.

⁽²⁵¹⁾ É singular que essa exigência de pôr o juiz a salvo do temor de danos econômicos pessoais em consequência de seus pronunciamentos fosse levantada pelo pensamento liberal paleo-capitalista bem mais que pelo moderno. Bentham chegou mais diretamente a propor a intangibilidade dos vencimentos

do magistrado também em caso de sua destituição: para que de um lado a oportunidade da sanção não fosse inibida por escrúpulos humanitários, e de outro a autonomia do juiz não fosse freada pelo seu interesse econômico (*De l'organisation*, cit., cap. XVIII, p. 33 e ss.). Entre as numerosas intervenções críticas sobre a responsabilidade civil dos magistrados promovida pelo referendo ab-rogativo ocorrido em nosso país em 1987, limito-me a recordar M. Pivetti e A. Rossi, I referendum sulla giustizia, *Questione giustizia*, 1986, 1, p. 8-20; idem, *La responsabilità civile dei magistrati (Riflessioni a margine del disegno di legge governativo e proposte alternative)*, ibidem, 4, p. 901-931; A. Pignatelli, *Responsabilità civile e indipendenza dei magistrati*, ibidem, p. 576-587; N. Bobbio, Le ragioni di un dissenso, *Micromega*, 1987, 4, p. 21-30. Cf. ainda, para uma reflexão complementar sobre o problema, E. Fassone, Il giudice tra indipendenza e responsabilità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, p. 6 e ss.; G. Giacobbe, Quale responsabilità del magistrato?, *Diritto e società*, 1981, p. 183-194; G. Zagrebelsky, La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma, *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, p. 780-795.

⁽²⁵²⁾ Que a autorização para proceder civilmente contra os juízes não tenha nascido como um privilégio, mas como um filtro destinado a impedir recusas impróprias resulta do fato de que ela jamais foi acompanhada de uma autorização para proceder penalmente, isto é, de uma imunidade penal do tipo introduzido não só para os parlamentares, mas também para os funcionários do Poder Executivo, desde a legislação da França revolucionária e do período napoleônico (cf. *supra*, o parágrafo 39.4 e as notas 122-126). Produziram-se, desse modo, desde o século passado, dois regimes de responsabilidade dos funcionários públicos e dos magistrados simetricamente opostos: para os primeiros, temendo-se interferências do Poder Judiciário no Poder Executivo, estabeleceu-se uma imunidade penal sob forma de autorização para proceder e nenhuma irresponsabilidade civil; para os segundos, temendo-se lesões ao exercício desinteressado da função judiciária e sobretudo o risco de sua paralisia por meio de ações de dano oportunistas, enquanto não foi prevista nenhuma imunidade penal, limitou-se ao contrário a responsabilidade civil só para os casos de dolo, submetida ao filtro da autorização. De fato a responsabilidade penal, à parte a maior gravidade dos seus pressupostos, não comporta nenhum dos riscos a que a função judiciária é exposta na responsabilidade civil: antes de tudo, enquanto uma denúncia penal infundada equivale a uma calúnia e não pode, portanto, ser utilizada impunemente para se livrar do juiz indesejado, a citação igualmente infundada para uma causa civil não comporta nenhuma sanção e é por isso despidida de força dissuasiva; além disso, enquanto uma denúncia evidentemente infundada pode ser imediatamente arquivada, uma causa civil deve ser sempre instruída com a longuíssima duração do processo civil. Por isso o filtro da autorização à ação civil está presente em quase todos os ordenamentos que admitem uma responsabilidade civil do juiz, ainda que só por dolo. A única coisa que muda nos vários sistemas é o órgão a que a autorização é confiada: a Corte competente para julgar a causa nos Códigos de Processo francês de 1806 e italiano de 1865; o ministro da justiça no Código italiano de 1942; o primeiro Presidente da Corte de Apelação ou, segundo os casos, da Cassação na lei francesa de 07.02.1933; também na Itália, de resto, não obstante o voto popular ab-rogativo dos limites da responsabilidade civil dos juízes, o art. 5.º da lei de reforma introduziu um juízo preventivo sobre a manifesta falta de fundamento da demanda confiando-o, como o Código de 1865, ao juiz competente para o mérito da causa.

⁽²⁵³⁾ A solução adotada pela Lei 117, de 13.04.1988, foi a introdução de uma híbrida responsabilidade que tem todos os defeitos e nenhuma das vantagens nem da responsabilidade civil nem da disciplinar. De um lado, como se disse, essa responsabilidade não é uma verdadeira responsabilidade civil, sendo limitada a uma parte dos vencimentos não diversamente das sanções disciplinares, e todavia comporta o confronto direto do juiz com a parte por ele prejudicada por força da intervenção adesiva que lhe é consentida no juízo entre cidadão e Estado. De outro, ela não é uma verdadeira responsabilidade disciplinar, fazendo-se valer, bastante indiretamente, pelas formas de juízo civil. Para uma análise das leis, veja-se A. Rossi, La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali, *Questione giustizia*, 1988, 2, p. 241-270; idem, *La nuova disciplina della responsabilità civile del magistrato: le prime decisioni della Corte costituzionale*, ibidem, 1989, 1, p. 231-241.

⁽²⁵⁴⁾ Sobre a jurisprudência disciplinar do Conselho Superior da Magistratura, vejam-se os três volumes publicados por C.S.M., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1972, 1976, 1981. Sobre os desvios em matéria de dissenso, cf. o livreto *Magistrati*

scomodi, Dedalo, Bari 1974, com introdução de Carlo Galante Garrone. Sobre a responsabilidade disciplinar, vejamos: G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 418 e ss.; A. Galasso, *La responsabilità dei giudici nel contesto politico-istituzionale*, *Questione giustizia*, 1982, 3, p. 501 e ss.; A. Pignatelli, *Il problema della responsabilità disciplinare*, *ibidem*, 4, p. 715-743; *idem*, *Tipicizzazione degli illeciti e titolarità dell'azione disciplinare*, *La professione del giudice*, cit., p. 212-230; E. Fortuna, *La responsabilità disciplinare del giudice*, *Quaderni della giustizia*, 1982, 9, p. 20 e ss.

⁽²⁵⁵⁾ F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, p. 239-240. Carrara imagina a mesma participação popular na justiça, além de através do julgamento pelos juízes populares ou eletivos, através da “ação vigilante, por meio da douta censura dos juriconsultos livres abertamente informados das atitudes específicas dos magistrados”, e identifica em tal controle a principal condição para que o Poder Judiciário seja “emancipado do Poder Executivo” (*ibidem*, p. 236).

⁽²⁵⁶⁾ *Il governo rappresentativo*, cit., cap. II, p. 35.

⁽²⁵⁷⁾ *Traité des preuves judiciaires*, cit., liv. II, cap. X, p. 276-277: “O que poderia substituir a publicidade? Recursos, leis severas contra a prevaricação? Indubitavelmente tudo isso é necessário, mas observemos a experiência: esses meios estão previstos em todo o lugar e em todo lugar têm-se mostrado ineficazes. O que significam de fato os recursos e as penas? Nada além de uma advertência ao juiz inferior para que se comporte bem perante seu superior; o que não quer dizer conservar bem a justiça, mas conservá-la à maneira agradável a este. Uma complacência política do juiz será a primeira de suas virtudes. Ao contrário, para que o público se comporte, o único meio é tornar boa a justiça. Ademais, o espírito de corpo tornará sempre mais penosa a um superior a punição de um colega seu. O público tem uma simpatia natural pelos oprimidos, mas os homens de poder são de uma outra espécie e, malgrado suas rivalidades pessoais, sempre têm, quando está em jogo a sua autoridade, simpatia sobretudo entre si mesmos. Mas então a que serve, contra um juiz que pode prevaricar em segredo, dirigir-se a um outro juiz que por sua vez pode prevaricar do mesmo modo? Mantenha-se público o modo de proceder do primeiro e poder-se-á prescindir dele para o segundo; deixe-se secreta a atividade do segundo e não se terão as mesmas garantias que o primeiro oferece. E em um recurso, o que se pode levar perante a Corte superior? Somente o esqueleto do processo... Ao contrário, é a audiência pública a verdadeira Corte de Apelação em que as decisões de um tribunal são julgadas e apreciadas em seu justo valor. Aquilo que uma Corte Superior não poderia fazer senão com muitas despesas e delongas, e ainda imperfeitamente, aquela grande comissão que é o público o valora sem esforço, sem despesas e com uma probidade incorruptível: porque a probidade do povo, nascendo com seu interesse, oferece a melhor garantia que se possa obter. Ou será que os olhares do soberano poderiam substituir os do público? Enquanto isso poder-se-ia perguntar se o príncipe teria um modo de reservar para si todos os processos. Deixemos de lado os interesses da Corte, o perigo de favoritismos, a improbabilidade de que um ministro que tenha escolhido um juiz ruim reconheça o erro de sua escolha e lhe inflija uma sanção que voltaria contra si próprio. Mas quem guardará os guardiães? É essa a pergunta que retorna constantemente desde que não se confie na nação mesma”. Sobre o valor associado por Bentham ao controle popular como condição essencial de imparcialidade e de independência da justiça, tornarei ainda no parágrafo 41.5 e nas notas 334-341 dedicadas à garantia da “publicidade”. Também Beccaria havia insistido sobre o papel da publicidade dos juízos e do controle da opinião pública “porque a opinião, que é talvez o único alicerce da sociedade, impõe um freio à força e às paixões” (ob. cit., XIV, p. 35-36); e assim também Filangieri, para quem “a opinião pública é aquilo que há de mais forte no Estado”, ainda “mais forte que o soberano e que as leis” (ob. cit., t. 2, liv. IV, cap. II e XLIX, p. 14 e 219).

⁽²⁵⁸⁾ J. Bentham, loc. cit., p. 278-279: “Quando o tribunal do público se abstém de julgar, quer dizer que caiu, por um excesso de ignorância ou de resignação, em uma indiferença absoluta. Essa apatia é um sinal de mal extremo para um Estado. É mil vezes preferível que o povo julgue mal do que se desinteresse por completo pelos assuntos públicos: cada cidadão se isola, fecha-se em si mesmo, os liames sociais se dissolvem. Quando o público disser ‘que me importa?’, será sinal de que não há mais que senhores e escravos”. Nem se diga que “o tribunal do público não tem a luz necessária para raciocinar justamente”, se ademais, com o silêncio, “subtrai-se a do conhecimento de tudo aquilo que o poria em condições de julgar do melhor modo. Fundamo-nos sobre sua inépcia para

desprezá-lo, e então partimos deste desprezo para perpetuar a sua inépcia. Este é o círculo no qual giramos, vicioso tanto lógica quanto moralmente. Ele equivale a tratar uma nação como aquele tutor culpado que, desejando usurpar o trono de seu pupilo, faz-lhe extrair os olhos para depois fundar nesta enfermidade um título legal de exclusão”. De outra parte, acrescenta Bentham, a apatia do público e a sua incapacidade de crítica sempre estiveram à origem de todos os “vícios” da justiça: isto é, da prevalência “daqueles interesses e paixões que não encontram nenhum freio, porque a opinião pública é muda e impotente perante os abusos que sua ignorância lhe impede de julgar, ou porque é indiferente à sorte dos julgáveis: indivíduos esparsos, que não formam uma classe, que mudam todos os dias, cujos casos são odiosos, e que não podem nem mesmo tornar compreensíveis suas mais que legítimas razões” (ibidem, cap. II, p. 243). A crítica pública também por parte dos magistrados dos procedimentos judiciais como instrumento de responsabilização e democratização da função judiciária formou, desde sua origem, um dos motivos animadores da ação do grupo de “Magistratura Democrática”: vejamos os trabalhos referidos na nota 52 do capítulo 12 e, além disso, M. Ramat, *Responsabilità politica*, cit.; S. Senese, *Sovranità popolare e amministrazione della giustizia*, *Quale giustizia*, 1973, 21-22, p. 381 e ss.; idem, *La critica dei provvedimenti giudiziari da parte dei magistrati*, in N. Lipari (org.), *Giustizia e informazione*, Laterza, Bari, 1975, p. 243 e ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia*, cit., p. 62 e 69-77.

⁽²⁵⁹⁾ Ob. cit., p. 241. Sobre o nexo entre obrigação de motivar, responsabilidade e independência dos juízes, cf. também ibidem, p. 212.

⁽²⁶⁰⁾ A favor do “juiz único” em vez do colegiado “porque responde ao conceito de maior responsabilidade”, pronunciou-se L. Lucchini, ob. cit., p. 179. A publicidade das opiniões discordantes nos colégios julgadores foi criticada por Hegel com o singular argumento de que elas exprimem “perspectivas ainda particulares”, em contraste com o caráter “universalmente válido” das sentenças (*Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 224, p. 191). Sobre as origens da *dissenting opinion* nas deliberações públicas da *Common Law Courts* e da *House of Lords* na função de órgãos de última instância, e sobre a recepção do instituto no processo civil soviético, cf. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 347 e ss. Sobre a perspectiva de uma personalização do juiz como fator de responsabilização – por meio da introdução do “juiz monocrático” e/ou do instituto da *divergência* – cf. L. Ferrajoli, *Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario*, *Problemi del socialismo*, 1973, 18, p. 810 e ss.; G. Zagrebelsky, *Il giudice monocratico: prospettive di riforma*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, p. 330 e ss.; A. Baldassarre, *L'opinione dissenziente* e l'intervista di Amadei, *Democrazia e diritto*, 1981, 1-2, p. 238 e ss.; S. C. Panza e A. Reposo, *Le 'dissenting opinions' ancora alla ribalta*, *Quaderni costituzionali*, 1981, p. 595 e ss. Sobre o caráter “difuso” do Poder Judiciário como “traço saliente e peculiar da jurisdição”, veja-se E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1964, p. 273 e ss.; S. Senese, *Sovranità popolare*, cit. A Lei 117 de 1988 sobre responsabilidade civil, que havia sido proposta na ocasião para introduzir o instituto da publicidade da divergência, rechaçou-o insensatamente, introduzindo a divergência oculta com o ardiloso sistema do “dossiê lacrado”, justamente censurado pela Sentença 18 de 1989 da Corte Constitucional que, entre outras coisas, afirmou a plena legitimidade constitucional da *dissenting opinion*.

⁽²⁶¹⁾ L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 118-122; idem, *Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario*, cit., 18, 1973, p. 801 e ss.

⁽²⁶²⁾ F. Carrara, ob. cit., p. 241.

⁽²⁶³⁾ *Considerazioni sul processo criminale*, cit., VI, p. 29; ibidem, p. 33: “A ausência total do juízo indica cidades selvagens, ou no máximo as primeiras associações das cidades bárbaras. Um modo grosseiro de julgar é índice de uma sociedade que culta ainda não é. O regular e legítimo processo é o produto de uma legislação sábia, da cultura nacional e do governo moderado. Um processo que dá espaço a dilações e cavilações, que abandona as rédeas ao arbítrio do juiz ao mesmo tempo em que parece freá-lo é o indubitável sinal da iminente decadência de uma nação corrompida. O procedimento arbitrário sem formalidades e sem processo é o indicador e o instrumento ao mesmo tempo de um fatal e ilimitado despotismo”.

⁽²⁶⁴⁾ Os dois escopos são bem formulados por G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. I, p. 331; por F. Carrara, ob. cit., par. 816, p. 276; e por L. Lucchini, ob. cit., p. 5-7.

⁽²⁶⁵⁾ L. Lucchini, ob. cit., p. 133. A noção escolástica do processo como instrumento de busca da verdade remete não só a Lucchini (ob. cit., p. 11 e 24), mas também a F. Carrara, ob. cit., par. 780, 781, 811, 813, 819 e 826, p. 255, 256, 273, 281 e 286.

⁽²⁶⁶⁾ A crítica do método inquisitório porque epistemologicamente inadequado além de politicamente iliberal é um motivo freqüente da polêmica iluminista. Limite-me a recordar G. Filangieri, loc. ult. cit., para quem, com base naquela “mistura monstruosa” de princípios que é o método inquisitório, “não há delito, por mais manifesto que seja, que não possa sob os auspícios desse complicado método de inquisição permanecer impune; e não há inocência, por mais conhecida que seja, que possa estar segura de sua tranquilidade e de sua paz”. De parecer exatamente oposto foi Giovanni Carmignani, que considerou “científico” e “analítico” o método inquisitório e “instintivo” e “sintético” o acusatório (*Teoria*, cit., liv. IV, p. 31 e 61).

⁽²⁶⁷⁾ Sobre a composição triádica do esquema processual acusatório, tanto sob a ótica dos atores (acusador, réu, juiz), como das relativas atividades (acusação, prova, defesa, juízo e sentença), veja-se, por todos, F. Carrara, cit., par. 827-835, p. 286-293. Do lado oposto, o processo inquisitório, não exigindo um controle desde baixo, caracteriza-se como uma relação diádica e vertical entre inquisidor e inquirido, na qual só o primeiro é sujeito ativo, enquanto o segundo é ao invés objeto passivo: seja se este se articular, segundo o esquema pré-moderno, nas duas fases do *inquisitio generalis* e do *inquisitio specialis*, seja se este se reduzir, como por exemplo na concepção positivista, a “examinar o delinquente para definir-lhe o tipo e ver se é de submeter-se a meios eliminativos ou a meios reparatórios” (R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 324).

⁽²⁶⁸⁾ G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 49 e ss.; idem, *Accusa e sistema accusatorio*, *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, p. 340.

⁽²⁶⁹⁾ Sendo o processo inquisitório “fundatum non super iure agentis, sed super publicam utilitatem”, o juiz-inquisidor – ensinava-se – “non tenetur stare conclusioni libellantis, cum non sit fundatum in eius iure et ideo ex arbitrio suo, subsistente iusta causa, potest mutare et variare suam sententiam, etiam non conformem libello” (M. A. Blancus, *Practica criminalis*, ex officina Stellae, Venetiis 1555, p. 73).

⁽²⁷⁰⁾ F. Carrara, ob. cit., par. 833, p. 289, e par. 901, p. 403.

⁽²⁷¹⁾ Ibidem, par. 892, p. 378.

⁽²⁷²⁾ Sobre o requisito da tempestividade se detém longamente F. Carrara, ob. cit., par. 892, p. 377-382, o qual distingue um “prazo *ad quem*”, que deve consistir “em um tempo que deixe ao réu o poder de introduzir no processo os seus meios de defesa”, e um “prazo *a quo*”, que deve ser “antes que a ele se torne impossível contrapor a tempo suas retificações às conclusões fiscais”. Mas “na prática acontece que, pelos vícios dos sistemas vigentes, a acusação obtenha por vezes um ou mesmo dois anos de tempo para reunir suas armas e se preparar para atirá-las sobre um cidadão comum quando esteja madura sua batalha. Eis que a acusação, no dia que lhe aprouver, vem agredi-lo armada dos pés à cabeça com uma fileira de testemunhas e indícios recolhidos com conforto e com recursos mais cuidadosos. E nesse momento a lei apresenta generosa proteção, dizendo àquele infeliz: garanto-te oito ou quinze dias de prazo. Nesse período, o réu, na maioria das vezes preso, deve providenciar um patrono; o patrono deve tomar contato com os volumes processuais; comunicar a situação ao cliente e sua família; e além disso tomar medidas oportunas para retificar os equívocos, dissipar os erros e desmascarar as falsidades que freqüentemente se introduzem no procedimento da acusação. O patrono raramente tem uma só defesa nas mãos e, desviado de seus assuntos anteriores, que no entanto estão em sua consciência, acha ainda mais breves aqueles prazos já brevíssimos. E muito freqüentemente a defesa levada adiante sem materiais se reduz a uma ladainha vã”. Por outro lado, ocorre que a acusação recolhe inumeráveis indícios, enquanto “o imputado de nada sabe, e nem ele nem o defensor de seus interesses assistem àquelas verificações... Assim armada, a acusação está hipocritamente a me dizer: façolhe a devida contestação; e faço-a completa porque lhe submeto à vista tudo aquilo que encontraram os oficiais perquirentes... Combateste minhas afirmações e tiveste liberdade pleníssima. A contestação que faço é tempestiva, pois tens quinze dias daqui por diante, e se pedires o juiz te concederá mais. Mistificação e hipocrisia! Aquela contestação é intempestiva no que se refere ao prazo *a quo*, pois agora aquele cadáver está decomposto e sepulto, aqueles panos tiveram alterações imediatas, aquela pólvora foi dispersada ou consumida pelos teus químicos em suas operações. O que querem que observem e verifiquem os peritos de defesa ainda que mais imparciais e sábios que os teus? Eles podem

sustentar *teorias abstratas* que serão zombadas pela acusação e não influenciarão os juízes em confronto com as *verificações concretas* que tu e os teus fizestes à vontade. Não há mais igualdade entre a acusação e a defesa quando impedires os soldados da defesa de verem e observarem tudo aquilo que fizeste observar e ver aos soldados da acusação”.

⁽²⁷³⁾ São palavras de F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 111. A imagem, porém no sentido de batalha de armas iguais, é usada também por G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 203, para o processo acusatório.

⁽²⁷⁴⁾ Também porque a confissão, tendo valor de prova legal negativa, era não só suficiente mas também necessária para a condenação, da qual constituía uma espécie de subscrição ou aceitação por parte do réu. A tortura (“violenta veritatis per tormenta inquisitio”, como a chamou Thomasius) – sobre a qual, vejam-se, *supra*, as notas 33 do capítulo 3, 89, 98 e 102 deste capítulo – foi abolida em Nápoles, em 1738 por um decreto de Carlos III; na Prússia, em 1740 por obra de Frederico II, recém-empossado; em Baden, em 1767; em Mecklemburgo, em 1769; na Saxônia, em 1770; na Suécia, em 1772; na Toscana em 1776 e formalmente em 1786 por Leopoldo I; na Áustria, em 1776 por Maria Teresa; na França, por obra de Luís XVI, em 1780 (mas limitadamente à tortura judiciária e excluída aquela “préalable” ao suplício) e completamente em 1788 (salvo a decepção do punho direito antes da execução da pena capital para o parricídio, previsto ainda pelo art. 13 *caput* do *Code* de 1810); em Veneza, em 1787; na Lombardia, em 1789 por José II; no Piemonte, em 1798 por Carlo Emanuele IV, depois que em 1760 Carlo Emanuele III a havia abolido para os Estados de Aosta; em 1807 na Baviera; em 1809 em Württemberg; em 1812, na Sicília; em 1818, em Hannover; em 1821, na Sardenha, onde ainda permanecia em vigor. Na Inglaterra, onde a tortura formalmente jamais existiu, foi abolida em 1762 a assim chamada “pena forte e dura”, por força da qual o cidadão que, para evitar o confisco dos bens conseqüente à condenação, tivesse se recusado a responder o aceitar o juízo era mantido em uma masmorra, deitado nu sobre o solo sob uma pesada rocha, nutrido a pão e água até que mudasse de idéia, ou morresse; cf. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Clarendon Press, Oxford, 1769, IV, p. 323 e ss.; P. Verri, *Osservazioni sulla tortura*, cit., XIV-XV, p. 108-110; G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XI, p. 406; G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 218 nota; J. F. Stephen, *A history*, cit., I, p. 298-300; D. Veall, *The popular movement for law reform*, cit., p. 25-29. Para compreender o quanto a prática da tortura e a idéia de sua legitimidade estiveram enraizadas na cultura pré-moderna, bastará recordar a sobrevivência em Nápoles, depois que a tortura caiu em desuso, de um resíduo ritual da mesma sob forma de ficção jurídica: “se o rito obrigava os magistrados a ordená-la”, detalha N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle Due Sicilie*, cit., p. 86, “representava-se simplesmente a cena, levando o réu sob cordas: assim como tantas fórmulas, já na antiquíssima Roma, tornaram-se depois ficções de direito com a jurisprudência”.

⁽²⁷⁵⁾ “Iudex cavere debet ne reo in primis ante omnia legat titulum criminis, testiumque depositiones”; “interrogando reum vel in genere vel in specie, cavere debet ne aliquam ei exprimat circumstantiam aut qualitatem”; “nequicquam dicat de commissio maleficio, nec in qua parte corporis percussit, nec quicquam de facto seu dicto, ne qualitates et circumstantias suggereat” (F. Chartarius, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum libri quattuor*, cit., liv. II, cap. I, par. 65-67, p. 14 e 24); “copia inquisitionis et indiciorum reo danda non est antequam examinetur” (ibidem, liv. III, cap. II, par. 22, p. 54 e 60). A não contestação pela acusação no método inquisitório se refere também Pagano, no trecho aqui referido na nota 93.

⁽²⁷⁶⁾ Ibidem, liv. I, p. 1-2, e liv. II, cap. I, par. 36, p. 13 e 20.

⁽²⁷⁷⁾ Ibidem, liv. I, p. 1 e 2. A mesma tese sobre a “iudicis interrogantis felicitas” consistente no “extorquere quod ij noluerunt” é repetida no cap. III, par. 12, p. 10-11.

⁽²⁷⁸⁾ Ibidem, liv. II, cap. I, par. 8, p. 12 e 15. Outras regras recomendadas no mesmo capítulo, pars. 6, 10 e 16, p. 12-17, são: “Iudex excandescere non debet contra reos quos malos putat, nec precibus calamitosorum debet illachrymari”; “iudex reos a se interrogandos in eius familiaritate admittere non debet”; “iudex cum reo quem interrogat disputatione ne ineat”.

⁽²⁷⁹⁾ Ibidem, liv. II, cap. I, par. 77, p. 14; ibidem, p. 26: “Ad inducendum reum ad dicendum veritatem potest illi iudex innuere quod iam scit eius factum, et taliter ita loqui ut reus quasi credat omnia iam scire iudicem... Ideo in genere stare debet dicendo: bene scitur ubi fuisti, et cum quo, et quo tempore, et quid fecisti, et dixisti, et tangat sibi aliquod certum quod scit ita esse, de aliis autem in genere loquatur”.

⁽²⁸⁰⁾ *Ibidem*, liv. II, cap. I, par. 28-33, p. 13 e 19, onde se tem o cuidado de precisar “promissio impunitatis fieri reo non debet ad extorquendam confessionem, quando constaret delictum non esse verum, vel alium deliquisse”.

⁽²⁸¹⁾ *Ibid.*, liv. I, cap. I, par. 14, p. 4 e 10, e liv. III, cap. II, par. 1, p. 53 e 56.

⁽²⁸²⁾ *Ibidem*, p. 56-57. À tortura Chartarius dedica todo o livro IV, p. 189-262 de sua obra, formulando para os juízes 254 regras de comportamento.

⁽²⁸³⁾ *Ibidem*, liv. III, cap. II, par. 23-24, p. 54 e 60. Ademais “iudex dubias rei responsiones et obscuras non debet admittere, sed cogere eum debet ad declarandum” (*ibidem*, liv. II, cap. I, par. 14, p. 12).

⁽²⁸⁴⁾ *Ibidem*, liv. III, cap. II, par. 74, p. 68.

⁽²⁸⁵⁾ T. Hobbes, *De Cive*, cit., II, 19, p. 107: “Ninguém pode ser obrigado a acusar-se por nenhum pacto, nem a acusar outrem cuja condenação lhe transforme a vida em angústia”; *idem*, *Leviatano*, cit., XIV, p. 114: “O pacto de acusar-se a si mesmo, sem ter havido promessa de perdão, é igualmente sem valor”, daí a crítica hobbesiana da tortura, em que “tudo aquilo que se confessa se faz para aliviar o tormento, não para informar os verdugos, e por isso não se deve ter a confissão com o mesmo crédito de um testemunho, já que, verdadeiras ou falsas as acusações, isso se faz pelo direito de preservar a própria vida” (p. 114-115); *ibidem*, XXI, p. 178: “se um homem é interrogado pelo soberano ou por um oficial seu relativamente a um delito por ele cometido, ele não é obrigado a confessar sem asseguuração de perdão, pois ninguém pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si mesmo”. O princípio foi sancionado no direito inglês por um estatuto de Carlos I de 1641, que proibiu deferir ao imputado o juramento *ex officio* (sem, no entanto, cancelar o tormento da “pena forte e dura” recordado na nota 274). E foi depois recebido na V Emenda da Constituição federal dos Estados Unidos de 1971, após ter sido afirmado no par. 8 da Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776 e nas cartas de todos os estados americanos.

Bem mais enganosa, no confronto, é por isso a opinião de Beccaria, que gostaria que fosse punido o interrogado que não responde: “aquele que no exame se obstinasse a não responder às interrogações a ele dirigidas merece uma pena fixada em lei, e uma pena das mais graves dentre as cominadas, para que os homens não se eludam do mesmo modo à necessidade do exemplo que devem ao público” (ob. cit., XXXVIII, p. 92): indicação, ademais, imediatamente acolhida para a “Instrução” pelo Código russo, emanado em 1767 por Catarina II e no qual se afirma que “merece ser punido aquele que por teimosia ou capricho se nega a responder às perguntas do juiz”; e depois pelo Código Penal austríaco de 1803, que previa penas corporais (pão e água e pauladas a cada três dias) para o imputado que permanecesse obstinadamente em silêncio; e pelo Código de Instrução Criminal prussiano de 1805, que ainda consentia meios coercitivos, exceto a tortura, para fazer o réu confessar. Vejam-se, sobre essa legislação, F. Carfora, *Interrogatorio, Digesto italiano*, cit., XIII, 1901, p. 111 e ss.; V. Grevi, *‘Nemo tenetur se detegere’*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 14-19; F. Cordero, *Riti e sapienza*, cit., p. 409 e ss.

⁽²⁸⁶⁾ *Considerazioni*, cit., XXIII, p. 114-116; *idem*, *La logica dei probabili*, cit., XII, p. 31, na qual se sublinha sua inadequabilidade, seja seu objeto a inocência ou, ao invés, a culpabilidade. Contra o juramento do réu, recordem-se também as palavras de C. Beccaria, ob. cit., XVIII, p. 46-47, que ali vê “uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem”, não se podendo exigir que “seja um homem verdadeiro quando tem o máximo interesse em ser falso; como se o homem pudesse jurar por dever de contribuir à própria destruição, como se a religião não calasse na maior parte dos homens quando fala o interesse”; de G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XV, can. 12, p. 424-425, que relembra, em nota, a proibição entre os romanos; de G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, cap. VIII, p. 131 e ss., que o liga à “avidez da verdade absoluta” e estranhamente o associa unicamente ao processo acusatório; e de F. Carrara, ob. cit., par. 937, p. 454, que lhe releva a contraditoriedade recordando a máxima romana “inhumanum est per leges quae perjuriam puniunt viam perjurii aperire”. Instituído pela *Ordonnance criminelle* de 1670, o juramento do imputado foi abolido na França pelo art. 12 da lei de 8-9 de outubro de 1789, depois que já havia sido suprimido na Toscana por Pedro Leopoldo em 1786 juntamente com o dever de responder. Uma proibição expressa do juramento decisório ou supletivo do imputado foi depois introduzida pelo art. 204 do Código de Processo do Reino de Itália de 1807, repetida no art. 211 do Código sardo de 1847 e por fim no art. 232 do Código italiano de 1865; enquanto foi omitida nos Códigos de 1913 e 1930 porque então considerada supérflua. Nenhuma proibição de juramento havia sido estabelecida pelo *Code d'instruction* francês de 1808. Totalmente diversa é a experiência anglo-

saxã, que, como se viu na nota precedente, conhece a proibição há mais de três séculos. Existe todavia, no direito inglês, um estranho princípio introduzido pelo *Criminal Evidence Act*, de 1898: o imputado, ao mesmo tempo em que não pode ser constrangido a jurar, tem a faculdade de assumir o papel de testemunha em própria defesa, e em tal caso jura, se submete à *cross examination* e é imputável por *perjury* se depõe o falso: contra um semelhante instituto – cuja introdução na Itália foi propugnada por F. Carnelutti, *Natura del giuramento*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, I, p. 189 – vejamos as observações de M. Pisani, *Giuramento (diritto processuale penale)*, *Novissimo Digesto Italiano*, cit., VII, 1961, p. 963, o qual releva seu contraste com a liberdade de defesa, sendo evidente que a recusa do imputado de depor sob juramento terminaria por voltar-se contra ele como argumento de acusação.

⁽²⁸⁷⁾ G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XI, p. 407 em nota; *ibidem*, p. 405: “o réu não tem o dever de confessar o próprio delito” e “o magistrado não pode portanto ter direito de exigir dele essa confissão”. Palavras quase idênticas estão em F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 116. Cf. ainda F. Carrara, ob. cit., par. 932, p. 449-450. O direito de se calar era já reconhecido por P. Ayrault, *Ordre, formalité et instruction*, cit., liv. III, parte 3, par. 27. E também Hobbes havia afirmado que “é um testemunho não válido aquele que se presume corrompido por natureza”, e que em particular “o torturado pode perfeitamente responder tanto o verdadeiro quanto o falso, ou mesmo nem responder (*De cive*, cit., II, 19, p. 108). Em sentido contrário se pronunciou, como se viu na nota 48, G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 213-216, em coerência com a tese de que o imputado é “meio de prova” (*ibidem*, p. 207-208). De uma “obrigação de veracidade” dos testemunhos, entendidas com essa expressão também as partes em causa, falou também J. Bentham, *Théorie des preuves*, liv. I, cap. XI, p. 257, e liv. III, cap. I, p. 285. Nos tempos recentes, a tese de um “dever testemunhal” do imputado foi reproposta por F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Ed. dell’Ateneo, Roma, 1947, vol. II, p. 165 e ss.

⁽²⁸⁸⁾ A favor de possíveis manipulações psíquicas voltadas a extorquir a verdade se expressou cínicamente F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 168: “a tortura deve ser repelida porque não oferece garantia alguma de verdade da resposta do torturado, não porque o constrange a revelar um segredo. Pois, se houvesse um meio de coerção que fornecesse tais garantias, sem ocasionar notáveis danos ao corpo do inquirido, não haveria razão para não adotá-lo”. Contra tais “violências medicinais”, leiam-se as belas páginas de F. Cordero, *Riti*, cit., p. 410 e ss.; *idem*, *Procedura penale*, cit., p. 18-19.

⁽²⁸⁹⁾ Segundo Filangieri, “por qualquer aspecto que se queira considerar a confissão dos réus, se achará sempre que as leis não deveriam procurá-la ou não deveriam dar algum grau de valor a essa espécie de prova” (ob. cit., liv. III, cap. X, p. 387-388). Cf. ainda *ibidem*, cap. XV, can. 4, p. 422, onde se nega todo “valor legal” ao “testemunho do réu contra si mesmo”.

⁽²⁹⁰⁾ A assistência do defensor no interrogatório instrutório do imputado – excluída no Código de instrução francês de 1808, por força da rígida separação entre fase instrutória de tipo inquisitório e fase dos debates, de tipo acusatório – foi introduzida na França por uma Lei de 08.12.1897. Na Itália, ainda que o art. 24, *caput*, da Constituição garanta a defesa “em todo estado e grau de procedimento”, uma norma análoga foi introduzida, após uma declaração de inconstitucionalidade (n. 190, de 16.12.1970), só por uma Lei n. 62, de 18.03.1971, anulada pouco depois, como veremos no parágrafo 50.3, pelo poder extraordinário de “encarregar-se de investigações sumárias do indiciado” sem a presença do defensor concedido à polícia pelo D.L. 59, de 21.03.1978 para alguns delitos graves e depois, em geral, pelos arts. 350, par. 5.º e 364, par. 5.º do novo Código de Processo.

⁽²⁹¹⁾ F. M. Pagano, ob. cit., XXII, p. 167-169; F. Carrara, ob. cit., par. 894, p. 383-390.

⁽²⁹²⁾ Sobre a contestação do objeto constituído, isto é, de todos os elementos de prova ou de acusação colhidos a encargo do réu de modo a permitir-lhe contradizê-los tempestivamente, insiste sobretudo F. Carrara, ob. cit., par. 894, p. 385, e par. 936, p. 453, que chama “assassínios judiciais” à omissão desse fundamental dever de lealdade processual e à conseqüente “pressão sobre a defesa”.

⁽²⁹³⁾ O princípio remete ao direito romano, onde foi assim formulado em um escrito de Trajano: “Qui quaestionem habiturus est, non debet specialiter interrogare an Lucius Titius homicidium fecerit, sed generaliter quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requiritis videtur” (Ulpiano, *8 de officio proconsulis*, D. 48.18.1.21). Sobre ele veja-se ainda F. Carrara, ob. cit., par. 939-942, p. 455 e ss., que o chama “sugestão verbal”, assimilando-o à “sugestão real” da tortura, a cada tipo de pergunta capciosa dirigida a influenciar o interrogado sugerindo-lhe a resposta, “a qual, por conseqüência, não vem a ser mais a expressão espontânea de seu ânimo e a manifestação genuína daquilo que ele sabia antes de vir

ao interrogatório, mas um eco daquilo que o juiz mesmo lhe sugeriu. Viciosíssimo é todo interrogatório que peca por sugestão". Consequentemente, Carrara exige um "método *analítico*". O juiz interrogante nunca deve partir do *conhecido*; deve interrogar como se não soubesse aquilo que sabe: de outro modo sugere e não interroga"; e deve "procurar na linguagem a maior precisão e clareza" (par. 938, p. 455). Veja-se ainda *ibidem*, par. 894, p. 389, onde são lembradas as regras de correção processual formuladas desde o século XVIII por J. P. Bannizza, *Systema jurisprudentiae criminalis*, Trattner, Vienna, 1755, cap. IX: do princípio segundo o qual todo interrogatório deve recair sobre uma só circunstância para evitar confundir o réu (par. 8), à proibição de seduzir o réu com promessas de impunidade ou de outros favores (par. 11), ou mesmo de aterrorizá-lo, ameaçá-lo, zombar de sua pessoa (par. 16) e outras.

⁽²⁹⁴⁾ "Reprováveis então devem sempre dizer-se todas as artes mendazes e modos de surpresa com os quais um inquisidor seduz o réu a uma confissão. São imorais as quais o juiz da causa não deve fazer vista grossa, mas repará-las de modo a não dar crédito à confissão assim obtida quando o réu a retratar. Mais insultuosas ainda são aquelas artes nas quais os inquisidores se aliam aos guardiães dos cárceres, incitando-os a utilizar todos os modos para que o detido confesse. No entanto, em certos países era assim difundido o uso de tais infâmias... Outros eram os preceitos que regulavam os povos verdadeiramente civilizados. E para a Toscana prova-o a Lei Processual Orgânica de 4 de novembro de 1838, publicada por Leopoldo II sob o título *Dichiarazioni e istruzioni*, em cujo art. 537, n. 2, assim ordenou-se: 'Fica proibido ouvir como prova testemunhal tanto nos processos escritos como nos juízos públicos, em prejuízo dos imputados e acusados, exceto nas causas de evasão dos cárceres como local de custódia, os demais detidos com intuito de fazer revelações sobre os imputados ou acusados do mesmo cárcere durante a indicada custódia'. É doloroso que sob o governo da Itália livre se devam lastimar certos ordenamentos dos déspotas que cassaram tal proibição; e que tais lástimas sejam vistas com desdém por quem teria a missão de colocar a pátria no caminho do progresso, em vez de reconduzi-la à barbárie das práticas medievais" (F. Carrara, *ob. cit.*, par. 930, p. 445-446, nota).

⁽²⁹⁵⁾ Também essa é uma indicação de F. Carrara, *ob. cit.*, par. 894, p. 390, nota 2, e par. 938, p. 456, nota 2, que a propõe como única alternativa aceitável à oralidade do juízo – para impedir as deformações inevitáveis das declarações simplesmente subscritas do Código Ananite. O "processo verbal" compilado por um escrivão ou por um *notarius* é, ao contrário, um típico instituto inquisitório (veja-se uma diminutíssima disciplina do assunto em F. Chartarius, *ob. cit.*, liv. III, cap. III, p. 71-187).

⁽²⁹⁶⁾ "Não é nunca suficientemente recomendada aos juízes que dirigem os debates a tolerância. Seria vício gravíssimo se ao réu que quer objetar alguma coisa contra uma testemunha que o atinge se impedisse a palavra antes que ele houvesse explicado o conceito do que quer opor. O réu não está lá para ser um espectador mudo do juízo" (F. Carrara, *ob. cit.*, par. 936, p. 452).

⁽²⁹⁷⁾ *Ibidem*, par. 894, p. 387. O princípio – que reflete a condição epistemológica ilustrada no parágrafo 10.6 do controle defensivo por *modus tollens* das hipóteses acusatórias e por *modus ponens* das contra-hipóteses que as contradizem – era enunciado expressamente no art. 368 do Código de Processo de '30: "O juiz deve investigar todos os fatos e circunstâncias que o imputado expôs no interrogatório, enquanto possam conduzir à certificação da verdade". Mais genericamente ele é enunciado pelo art. 358 do novo Código: "O Ministério Público... produz ademais investigações sobre fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida às investigações".

⁽²⁹⁸⁾ Voltaire, *Prix*, cit., XXIII, p. 580: "Agredir um homem no cárcere, deixá-lo ali indefeso, com medo e em desespero, interrogá-lo apenas quando sua memória está confusa pela agitação, não é talvez o mesmo que atirar um viajante em uma caverna de ladrões para o assassinar?".

⁽²⁹⁹⁾ "Alguns Tribunais oferecem a impunidade àqueles cúmplices de delito grave que delatarem seus companheiros. Tal expediente tem seus inconvenientes e suas vantagens. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os perversos, pois são menos fatais a uma nação os delitos de coragem do que aqueles de vileza... Muitas vezes, o tribunal enxerga a própria incerteza, a fraqueza da lei, e implora ajuda de quem a ofende. As vantagens são prevenir delitos importantes... Parece-me que uma lei geral que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito seria preferível a uma espécie de declaração em um caso particular... Mas em vez de atormentar para destruir o remorso que sinto autorizando as invioláveis leis, o monumento da confiança pública, a base da moral humana, à traição e à dissimulação. Qual exemplo persistiria à nação se depois faltasse a impunidade prometida, que por sábios sofismas se levasse ao suplício e à vergonha a fé pública que agiu a convite

da lei!” (*Dei delitti e delle pene*, cit., XXXVII, p. 89-90). De opinião diversa foi J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, II partie, liv. I, cap. XIV, p. 162-164, o qual, partindo de premissas puramente utilitaristas, refutou como impertinentes as considerações de Beccaria sobre “traição” e “falsidade” entre os “perversos”; excluiu conseqüentemente o prêmio da impunidade aos cúmplices delatores, que sempre “é um mal”, apenas se “houver outros meios para descobrir os delinquentes”, mas admitiu-o quando “não haja outros meios, pois a impunidade de um só é um mal menor que a impunidade de muitos”; defendeu “fixar tal prêmio por meio de uma lei geral”, que “seria um convite a toda sorte de delito, como se o legislador dissesse: ‘entre muitos criminosos o pior sairá não só impune, mas também recompensado’”, e propôs ao invés que a generosidade “fosse deixada à discricionariedade do juiz”, de modo a não subtrair nenhum criminoso “à preocupação da pena”. O mesmo Bentham, todavia, reconheceu que “o campo das recompensas representa o último abrigo em que se refugia o poder arbitrário” (ibidem, cap. XII, p. 159). A favor dos “prêmios para os delatores” expressava-se quase três séculos antes T. More, *Utopia*, cit., I, p. 103.

⁽³⁰⁰⁾ “Accorder la vie à celui qui exécute ses camarades est un moyen très sûr de faire mourir les moins coupables et de sauver le plus scélérat” (D. Diderot, *Observations*, cit., p. 397).

⁽³⁰¹⁾ “Muito menos deveria ser admitido como motivo razoável de impunidade o perdão que se costuma prometer a um cúmplice pela descoberta dos outros. Como se a santidade das leis não fosse incompatível com um remédio que tem a mais vil traição como meio; como se não fosse um indício de fraqueza e de impotência ver que a lei implora pela ajuda de quem a ofende; como se a experiência não tivesse mostrado que nesses casos o mais malvado é freqüentemente aquele que escapa aos rigores da pena; só a razão deveria bastar para desaconselhar o legislador de recorrer a esse remédio, o qual não só é ineficaz para produzir o efeito que se deseja, mas pode tornar-se causa do efeito oposto. A esperança ou mesmo a certeza de impunidade concedida à delação do cúmplice em vez de dissuadir tornará o maldoso e sagaz mais ousado para planejar crimes com a participação de mais homens... Qualquer um verá na delação o seu asilo seguro, e com essa adulação o terror da pena será igualmente enfraquecido...; e o legislador, frustrado nas suas esperanças, verá com remorso os funestos efeitos de um remédio que, ainda que útil, deveria ser abandonado como contrário à veneranda dignidade das leis” (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. LVII, p. 720-721).

⁽³⁰²⁾ “Nenhuma fé merece aquele réu que, tentado pela impunidade, aponta seus companheiros. Pois comprando a impunidade ao preço da denúncia dos delitos e dos cúmplices, o réu sempre procurará sua salvação fingindo delitos e imaginando cúmplices, assim como aquele que, para conseguir seus víveres, emite a falsa moeda se não tem a verdadeira (*La logica dei probabili*, cit., XIV, p. 37). Também porque, além das promessas de impunidade, “um réu que convoca o cúmplice, por quantas razões pode ele fazê-lo? E devendo pagar pelo seu erro freqüentemente deseja trazer consigo os seus inimigos para compartilhar da sua ruína;... freqüentemente órgão da trama, serve o interesse do poderoso... Às vezes na inculpação de ilustres sócios busca a própria desculpa, de modo que a atribuição àqueles torne inverossímil o seu delito, ou a defesa deles salve também a si próprio... Ele é tão verdadeiro, que algumas vezes seu lábio exprime a verdade indicando os cúmplices. Mas com mais freqüência acontece de ser essa indicação instrumento da vingança, da malignidade ou da esperança de proteção. Em outras palavras, a indicação do co-réu contém o falso mais freqüentemente que o verdadeiro” (ibidem, p. 36-37). Por isso, conclui Pagano, a indicação de co-réus requer sempre cotejamentos e confirmações, que todavia não podem consistir em outras indicações de co-réus por parte de outros co-imputados: “apenas a indicação”, ainda que provenha de “mil sócios, não pode produzir a certeza moral” (ibidem, p. 42).

⁽³⁰³⁾ “Permitir a impunidade subseqüentemente ao delito consumado é um expediente imoral que o fomenta... Quando um governo quer eficazmente apoderar-se de um réu consegue fazê-lo sem degradar a sua autoridade com meios imorais e ofensivos à majestade e à reputação de força e de vigilância que deve inspirar, para não fazê-lo com meios funestos à segurança pública e privada” (*Genesi del diritto penale*, cit., liv. II, cap. X, par. 896 e 899, p. 387-388).

⁽³⁰⁴⁾ Vejam-se, *supra*, as notas 293 e 294. A qualificação de “qualquer sugestão realizada pelo juiz no seu interrogatório” como “abuso de autoridade” está em F. Carrara, *Programma. Parte speciale*, vol. V, par. 2513, p. 68, em que se visualizam dois exemplos desse crime: “as artes usadas para induzir um inocente inquirido a declarar-se culpado”, e aquelas “usadas por um juiz inquiridor a fim de

conduzir as testemunhas por ele examinadas a depor do modo que lhe aprouver, ainda que de modo divergente das opiniões e das intenções das testemunhas”.

⁽³⁰⁵⁾ Cf., sobre arbítrios consentidos por semelhantes ajustes, a nota 119 deste capítulo e a nota 35 do capítulo 10.

⁽³⁰⁶⁾ Uma constituição de Arcádio e Honório de 4 de setembro de 397 estabeleceu o prêmio da impunidade para a denúncia dos cúmplices de uma conspiração: “si quis in exordio inite factionis, studio verae laudis accensus, ipse prodiderit factionem, et praemio a nobis et honore donabitur. Is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, tamen incognita adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolute tantum ac venia dignus habebitur” (CI. 9.8.5.7; C. Th. 9.14.3.7). Mas em 423, Honório e Teodósio – concordantes com a “veteris iuris auctoritas”, segundo a qual não se deve dar fé às indicações de co-autoria feitas pelos réus confessos (D. 48.18.26, CI. 9.41.4) – emitiram uma norma exatamente oposta, advertindo os réus da esperança de indulgência pela denúncia dos cúmplices e chegando por fim a vetar que o réu confesso fosse interrogado pelos delitos cometidos por outros (CI. 9.2.17). O instituto do prêmio para os réus delatores se desenvolveu, no entanto, sem freios na Idade Média Central, inclusive para além dos delitos de traição e subversão (A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., p. 119-120). Recorde-se, ainda em 1765, a repercussão ocorrida em Milão quando diante de inumeráveis furtos nas casas, prometia-se “cem *zecchini* a quem fornecesse indícios suficientes para a tortura, mediante os quais pudessem ser descobertos os autores dos referidos furtos. Não excluímos do citado prêmio os cúmplices e autores desses furtos e atentados quaisquer que sejam, mas antes o asseguramos também a eles, e lhes asseguramos, além disso, a impunidade quando forneçam indícios suficientes para a tortura dos seus companheiros” (referida por C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, cit., p. 83). Sucessivamente, a impunidade aos cúmplices delatores foi introduzida apenas para os delitos contra a segurança do Estado pelo art. 108 do Código napoleônico de 1810: “Seront exemptés des peines prononcées contre les auteurs de complots ou d’autres crimes attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l’État, ceux des coupables qui, avant toute exécution ou tentative de ces complots ou de ces crimes, et avant toutes poursuites commencées, auront les premiers donné aux autorités mentionnées en l’article 103 connaissance de ces complots ou crimes et de leurs auteurs ou complices, ou qui, même depuis le commencement des poursuites, auront procuré l’arrestation des dits auteurs ou complices. Les coupables qui auront donné ces connaissances ou procuré ces arrestations, pourront néanmoins être condamnés à rester pour la vie ou à temps sous la surveillance spéciale de la haute police” (“serão isentos de penas pronunciadas contra os autores de complôs ou de outros crimes atentatórios à segurança interior ou exterior do estado, aqueles culpados que, antes de toda a execução ou tentativa desses complôs ou desses crimes, e antes do início das perseguições, farão conhecer as autoridades mencionadas no art. 103, esses complôs ou crimes ou seus autores ou cúmplices, ou que, mesmo após o início das perseguições, terão procurado a prisão de ditos autores ou cúmplices. Os culpados que tiverem dado esses conhecimentos ou buscado estas prisões poderão todavia ser condenados a permanecer por toda vida ou sob a vigilância especial da alta administração policial”); o art. 100 do mesmo Código estabeleceu ainda que “il ne sera prononcé aucune peine pour le fait de la sédition contre ceux qui, ayant fait partie de ces bandes sans y exercer aucun commandement, et sans y remplir aucun emploi ni fonction, se seront retirés au premier avertissement des autorités civiles ou militaires, ou même depuis, lorsqu’ils n’auront été saisis que hors des lieux de la réunion séditeuse, sans opposer de résistance et sans armes” (“não será pronunciado nenhuma pena pelo crime de sedição contra aqueles que, tendo feito parte destes bandos sem neles exercer nenhum comando, e sem neles ocupar algum emprego ou função, os abandonaram na primeira advertência das autoridades civis ou militares, ou mesmo após, e não foram perseguidos a não ser nos locais da reunião sediciosa, sem opor resistência e sem armas”). Normas análogas foram introduzidas na maior parte dos códigos penais pré-unificação: no parmesão (arts. 124-125), no napolitano (arts. 157-158), no gregoriano (art. 87), no sardo (arts. 196-197) e no estense (arts. 126-127). Em particular, as duas normas do Código francês foram copiadas quase literalmente pelos arts. 179 e 165 do Código piemontês de 1859 e depois pelo italiano del 1865. Uma mudança de direção em sentido liberal se tem, ao invés, com o art. 133 do Código de 1889 e depois com o art. 309 do Código de 1930, os quais receberam (segundo o modelo toscano) apenas o art. 100 do Código de Napoleão, permitindo a impunidade só no caso de desistência (por aqueles que “dissolvem ou de qualquer modo determinam a dissolução do bando” ou “não sendo promotores ou

líderes, se retiram do bando ou se rendem sem opor resistência entregando ou abandonando as armas”) e não também no caso de delação dos cúmplices (sendo reafirmado – escrevem ambas as exposições de motivos dos dois Projetos de Código, retomando o argumento de Beccaria – que nada “pode justificar uma traição, ainda que entre perversos”).

⁽³⁰⁷⁾ Sobre as diversas formulações no direito medieval central do dever do juiz de decidir “iuxta alligata et probata” – por parte de Cino da Pistoia, Santo Tomás, Panormitano, Bartolo, Baldo, Casoni, Durante e Bonifácio de Vitalinis – veja-se V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., p. 187-189; G. Salvio, ob. cit., parte II, p. 470 e ss. Sobre a irrelevância da “ciência privada” veja-se *infra* o parágrafo 41.7 e a nota 358. Cf. ainda o parágrafo 10.4, em particular as notas 52 e 54 do capítulo 3, bem como a redefinição de todo o esquema epistemológico nos parágrafos 10.6 e 10.7. Por ser o livre convencimento (ou certeza subjetiva) nesse esquema exigido não alternativamente, mas juntamente com sua argumentação mediante provas, o seu significado normativo se reduz, segundo as eficazes palavras de Nicolini, à exigência de que “se evite em mentes já tornadas distorcidas e perspicazes que, por meio de sorites e sofismas, aquilo que é manifestamente verdadeiro, passando de proposição em proposição, por levíssimas e quase imperceptíveis mutações, produza o falso” (*Della procedura penale*, cit., parte II, par. 394). Sobre o ônus acusatório da prova e sobre a obrigação do juiz de motivar segundo sua satisfação segundo o novo Código de Processo italiano, vejam-se, *supra*, o fim do parágrafo 10.8 e as notas 57 e 83 do capítulo 3.

⁽³⁰⁸⁾ F. Carrara, ob. cit., par. 924, p. 437; L. Lucchini, ob. cit., p. 149 e 145.

⁽³⁰⁹⁾ Cf., por exemplo, F. Carrara, ob. cit., par. 930, p. 443-444, segundo o qual uma confissão “legítima” deve ser: 1) precedida da prova do “material”, 2) produzida em juízo “em face do juiz competente”, 3) “não a qualquer tempo”, mas “realizada em seguida ao interrogatório”, 4) expressa “por pessoa inteligente e livre”, 5) “realizada de modo principal” e “não incidentalmente”, 6) “espontânea”, 7) relativa “a coisas possíveis”, 8) “unívoca”, 9) “constante e “não revogada”. Regras análogas haviam sido anunciadas por G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. X, p. 387 e ss. e por F. M. Pagano, *La logica*, cit., XII, p. 29-33.

⁽³¹⁰⁾ Vejam-se os passos de Filangieri referidos na nota 289. O princípio do valor não decisivo da confissão no processo penal romano – contrariamente à máxima civilística “confessus pro iudicato habetur” (Paulus, *9 ad Plautium*, D. 42.2.3) – foi enunciado por um escrito de Severo: “Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat” (Ulpiano, *8 de officio proconsulis*, D. 48.18.1.17); cf. ainda, *ibidem*, D. 48.18.1.27: “Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confititur”. A regra do caráter não decisivo da confissão supõe evidentemente o princípio já ilustrado da não derrogação do juízo e da indisponibilidade das situações penais: por isso, em paradoxal contraste com o princípio do livre convencimento e da exclusão das provas legais, ela não pertence à tradição acusatória anglo-saxônica, em que as situações penais são disponíveis já que o *guilty plea*, ou admissão da culpa, talvez negociada com a acusação, autoriza a condenação imediata.

⁽³¹¹⁾ De natureza inquisitória, ao invés, é o método de interrogatório no processo misto, em que as testemunhas podem ser interrogadas pela acusação na instrução sumária e até mesmo presas por sua ordem, e na fase dos debates são interrogadas pelo presidente, que além disso tem o poder de aceitar ou não os depoimentos, permitindo-se uma análise sobre o mérito da estratégia defensiva ou acusatória e até mesmo antecipando o juízo. “Cânones de judicatura para as provas testemunhais”, normas de “exclusão” e modalidades de interrogatório dos testemunhos, são citados por: G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XV, p. 422 e ss.; J. Bentham, *Théorie des preuves*, cit., liv. II e III, p. 266-298, e liv. VII, p. 356-373; B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, p. 397-399; F. Carrara, ob. cit., par. 943-963, p. 463-492. Em particular, sobre a *cross-examination*, cf. J. Bentham, loc. cit., p. 268, 273-274 e 292-295. Quanto aos critérios de exclusão, eles são obviamente justificados só pela não credibilidade dos testemunhos ou dos depoimentos (doentes mentais, familiares, além de depoimentos *per relationem* a declarações de terceiros, ou a vozes do público e similares), e não também, como na Idade Pré-moderna, por condições pessoais de *status*. Assim C. Beccaria, ob. cit., XIII, p. 32: “Todo homem razoável, isto é, que tenha uma certa conexão nas próprias idéias e cujas sensações sejam conformes às de outros homens, pode ser testemunha. A verdadeira medida de sua credibilidade não é senão o interesse que ele tenha em dizer ou não a verdade, de modo a parecer frívolo o motivo da fraqueza das mulheres,

pueril a aplicação dos efeitos da morte real à civil nos condenados, e incoerente a nota de infâmia aos infames quando não tenham qualquer interesse em mentir"; e, quase com as mesmas palavras, G. Filangieri, loc. cit., p. 422, e Voltaire, *Prix*, cit., XXII, par. 4, p. 579.

⁽³¹²⁾ J. Bentham, *De l'organisation judiciaire*, cit., XXI, p. 42.

⁽³¹³⁾ Ibidem. Cf. também J. Bentham, *Théorie des preuves*, cit., liv. III, cap. III, p. 286-287.

⁽³¹⁴⁾ N. Nicolini, ob. cit., p. 5.

⁽³¹⁵⁾ Introduzido no Piemonte em 1770, na Toscana com o Código leopoldino de 1786 (art. 50), na França com o Código napoleônico de 1808, mas limitadamente aos processos da *Corte d'Assisi* (art. 294) e na Áustria com o Código de 1873 (arts. 39-41).

⁽³¹⁶⁾ A idéia da defesa como obrigação e não apenas como direito (também) para o imputado foi sustentada, graças a uma obtusa interpretação literal dos arts. 125 e 128 do Código de Processo, pela *Corte d'Assisi* de Turim (ord. 09.06.1976) e pela de Nápoles (ord. 29.11.1976), que rejeitaram como manifestamente infundada a questão da sua legitimidade constitucional levantada, em vários processos de terrorismo, pela rejeição da defesa técnica por parte do imputado. A favor dessa idéia se alinhou a maior parte da doutrina, com base em uma distinção, avençada com variações de tons e argumentos, entre "direito de defesa" e "garantia de defesa", como se esta fosse voltada a tutelar um interesse não só do imputado mas também do ordenamento: vejam-se as intervenções de Vittorio Grevi, Vittorio Denti, Angelo Giarda, Metello Scaparone, Giandomenico Pisapia e Giuliano Vassalli, recolhidos em V. Grevi (org.), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, Bologna, 1977. Em sentido oposto, além das intervenções, no mesmo volume, de Angelo Melchionda, Mario Siniscalco e Ennio Amodio, cf. O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 308-316. A mim parece que a concessão da "defesa" como funcional (também) a um interesse público supraordenado ao do imputado, além de desnaturar em sentido paternalista e autoritário a garantia de defesa, colide com o art. 24, *caput*, da Constituição, que a qualifica ao contrário como "direito" inviolável; e é ademais contraditada pelo art. 3, letra c, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, ratificada pela Lei 848, de 04.08.1955, a qual reconhece ao imputado o "direito" à alternativa entre "defender-se por si ou ter um defensor de sua escolha".

⁽³¹⁷⁾ F. Carrara, ob. cit., p. 244. Sobre o problema da paridade entre as partes, cf., por último, O. Dominioni, ob. cit.

⁽³¹⁸⁾ "Parece que a lei constringe o magistrado a comportar-se perante o acusado mais como inimigo do que como juiz. O juiz é senhor para ordenar o confronto do indiciado com a testemunha, ou para omiti-lo. Como pode ser deixada ao arbítrio uma coisa tão necessária como o confronto?... É portanto muito importante que se submetam a confronto com o indiciado todas as testemunhas, e que a esse ponto o confronto não seja arbitrário" (*Commentario*, cit., XXII, p. 646). A necessidade do confronto entre imputado e testemunhas de acusação é sustentada, como condição de validade dos testemunhos, também por Condorcet, *Notes sur le Code criminel publié a Florence le 30 novembre 1786*, art. XXIII, in *Inediti*, cit., p. 427.

⁽³¹⁹⁾ *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XX, p. 483. Cf. também, ibidem, cap. II, p. 337, e cap. III, p. 345-346, notas onde são referidas as numerosas fontes que testemunham a publicidade, a assistência do defensor a todos os atos do procedimento e a prática do exame cruzado dos testemunhos no processo acusatório romano.

⁽³²⁰⁾ J. Bentham, *Théorie*, cit., liv. III, cap. II, p. 286-287.

⁽³²¹⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXXII, p. 168-169. O mesmo princípio se encontra enunciado em G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. XV, can. 9 e 11, p. 424.

⁽³²²⁾ É a mesma disparidade denunciada na inquisição por F. Pagano, *Considerazioni*, cit., XVII-XX, p. 88, 91, 94, 96 e 101, que lamentava do mesmo modo a maior credibilidade atribuída aos "testemunhos fiscais" que "são produzidos pelos acusadores", a relevância associada no "informe fiscal" apenas aos elementos probatórios da acusação e a vexação das testemunhas de defesa. No mesmo sentido, vejam-se os protestos de B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, p. 598-599, e de F. Carrara, ob. cit., par. 956, p. 477 e ss.

⁽³²³⁾ *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli Rocco per l'approvazione del Codice di Procedura Penale*, par. 108. A exposição de motivos prossegue: "Eu já expliquei que o fato de ter atribuí-

do ao Ministério Público o caráter de parte não significa de modo algum ter criado uma situação de igualdade perante o imputado³²⁴.

⁽³²⁴⁾ Cf. A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., I, t. I, p. 11, que relembra a divisão em duas fases também do processo inquisitório: “no procedimento preliminar ou informativo não se perquiriam senão provas de culpa, remetendo à segunda fase, que diziam defensiva, aquelas que indicassem a inocência do inquirido; por isso se uma testemunha tivesse deposto a favor do réu, não se registrava o depoimento”. E era uma característica específica do método inquisitório que só na segunda fase fosse admitido o defensor e consentido ao réu o exame dos atos (F. Chartarius, ob. cit., liv. III, cap. II, 22, p. 60, e cap. III, p. 183 e ss.).

⁽³²⁵⁾ O “foro”, onde em Roma se celebrava publicamente a justiça, era a praça do mercado. Sobre a publicidade do antigo processo acusatório, vejam-se: G. Filangieri, ob. cit., liv. III, cap. III, p. 345; T. Mommsen, ob. cit., t. II, liv. III; V. Manzini, ob. cit., p. 5-6. A publicidade e a oralidade, ademais, não excluíam o segredo e a escritura na fase do processo que hoje chamamos de providências preliminares e policiais: como testemunham as célebres orações de Cícero contra Verres, até mesmo na *inquisitio* privada o *civis* acusador era dotado pela *lex* do pretor de poderes instrutórios que podia exercitar em segredo até a *delatio nominis*, isto é, até a formulação da acusação e sua comunicação ao acusado: e a *delatio*, se nos delitos privados devia ser feita imediatamente, nos públicos podia ser remetida aos termos da instrução preliminar (Cf. F. Carrara, *Istruzione segreta*, *Opuscoli*, cit., VII, p. 140 e ss.).

⁽³²⁶⁾ T. Mommsen, ob. cit., t. II, liv. III, sect. II, p. 26-27; V. Manzini, loc. cit.; G. Pugliese, *Le garanzie dell'imputato*, cit., p. 614-615. Segundo Voltaire, *Commentario*, cit., XXII, p. 644, a idéia vigente na Idade Média de que no processo romano as testemunhas eram interrogadas em segredo e de que o segredo era legítimo foi originada por uma interpretação errônea das palavras “intrare secretum”, que figuram em uma Constituição de Zenão de 486 (Cl. 4.20.14) e que significam simplesmente que as testemunhas eram introduzidas na sala do juiz (*secretum*, ou também *secretarium* como se diz em C. Th. 1.16.6). O mesmo equívoco linguístico é denunciado por F. M. Pagano, ob. cit., XII, p. 68, e por G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 201. O princípio da publicidade do processo também na era imperial é, ao contrário, atestado por duas Constituições de Constantino de 313 (em C. Th. 1.12.1) e de 331 (in C. Th. 1.16.6): nesta última se estabelece – evidentemente para contrastar a prática tendencialmente prevalente do segredo – que os tribunais sejam públicos e que os presidentes não se escondam, para julgar, nos seus gabinetes privados” (“Praesides publicas notiones exercent frequentatis per examina tribunalibus, nec civiles controversias audituri secretariis sese abscondant”).

⁽³²⁷⁾ Sobre a presença do segredo também no processo acusatório medieval, cf. V. Manzini, ob. cit., p. 26 e ss. Sobre os diversos graus e formas de segredo no sistema inquisitório – do segredo absoluto da famigerada *Santa Vehme* na Alemanha e do Conselho dos Dez em Veneza e, por outro lado, do processo inquisitório sumário para os delitos de lesa-majestade e de heresia, até o segredo apenas instrutório do processo inquisitório formal, em que era permitido ao inquirido ver os atos antes do juízo – cf., *ibidem*, p. 33, 58 e ss., 38 e ss., e 45.

⁽³²⁸⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XIV, p. 35-36.

⁽³²⁹⁾ *Commentario*, cit., XXII, p. 643-644; *idem*, Précis du siècle de Louis XIV, *Oeuvres historiques*, Gallimard, Paris, 1957, p. 1.561.

⁽³³⁰⁾ *Prix*, cit., XXII, p. 580. “Todos esses procedimentos secretos”, declara Voltaire a propósito do segredo instrutório, “se assemelham a um pavio que queima imperceptivelmente para explodir a bomba” (*ibidem*, p. 579).

⁽³³¹⁾ *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. III, p. 346-347; *ibidem*, cap. XVI, p. 441: “Um misterioso e arbitrário véu esconde todos os passos dos seus violentos procedimentos; um terrível silêncio deixa aos parentes e amigos do infeliz que ali é conduzido a ignorância assustadora da sua sorte e a impotência para socorrê-lo”.

⁽³³²⁾ *Istituzioni di civile filosofia*, ossia di giurisprudenza teorica, *Opere*, t. XIX, Piatti, Firenze, 1839, liv. IV, p. 265. Cf. também, de G. Romagnosi, Se la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia, *Antologia*, XXIX, Firenze, 1828, p. 48 e ss.

⁽³³³⁾ *Considerazioni*, cit., XXII, p. 170-171; *ibidem*, cap. XII, intitulado “Origine del segreto e misterioso procedimento”, em que o segredo instrutório é também chamado de “mistério judiciário” e de “mistério criminal”.

⁽³³⁴⁾ *Traité des preuves judiciaires*, cit., liv. II, cap. X, p. 275. A mesma frase está em J. Bentham, *Organisation*, cit., XVII, p. 32; *ibidem*, XVI, p. 30, em que o segredo é identificado como o principal fator de parcialidade e de desonestidade dos juízes, e são referidas essas palavras de Mirabeau em um discurso à Assembléia Nacional: “Dai-me então o juiz que desejais: parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo se lhe aprovar; pouco importa, contanto que ele não possa fazer nada que a não ser diante do público”.

⁽³³⁵⁾ *Traité*, cit., p. 276: “A mentira pode ser lançada num interrogatório secreto; é difícil e improvável que o seja em público. Todos aqueles olhares voltados à testemunha desconcertam-na, se ela trama uma impostura; ela sente que cada mentira pode encontrar um contraditor em qualquer um dos que a escutam. Uma fisionomia que lhe seja conhecida e mil outras que ela não conhece a inquietam do mesmo modo, e ela imagina que a verdade que tenta esconder pode surgir do seio da audiência pública e expô-la a todos os perigos do falso testemunho; seja como for, sente a vergonha perante uma multidão de expectadores como uma pena da qual não pode subtrair-se”. Ademais, acrescenta Bentham, a publicidade pode estimular novos e inesperados testemunhos entre os presentes.

⁽³³⁶⁾ *Traité*, cit., p. 276: “A mentira pode ser lançada num interrogatório secreto; é difícil e improvável que o seja em público. Todos aqueles olhares voltados à testemunha desconcertam-na, se ela trama uma impostura; ela sente que cada mentira pode encontrar um contraditor em qualquer um dos que a escutam. Uma fisionomia que lhe seja conhecida e mil outras que ela não conhece a inquietam do mesmo modo, e ela imagina que a verdade que tenta esconder pode surgir do seio da audiência pública e expô-la a todos os perigos do falso testemunho; seja como for, sente a vergonha perante uma multidão de expectadores como uma pena da qual não pode subtrair-se”. Ademais, acrescenta Bentham, a publicidade pode estimular novos e inesperados testemunhos entre os presentes.

⁽³³⁷⁾ *Ibidem*, cap. II, p. 243; *ibidem*, cap. X, p. 276: “Um outro efeito salutar da publicidade dos processos consiste no desenvolvimento de um espírito cívico e de uma instrução dos indivíduos. As discussões sobre questões jurídicas entram desse modo no curso das idéias ordinárias, e o público se habitua a voltar a máxima atenção à sua solução. A natureza e as regras dos testemunhos, as diversas espécies de provas e os seus diversos graus de força probatória resultam bem menos conhecidos, mesmo nos ambientes sociais mais inesperados”. Inversamente, escreve Bentham, a falta de publicidade sempre foi a causa principal de todos os “vícios” da justiça, permitindo a prevalência “daqueles interesses e paixões que não encontram freio algum, porque a opinião pública é muda e impotente acerca dos abusos que a sua ignorância lhe impede de julgar” (*ibidem*, cap. II, p. 243).

⁽³³⁸⁾ “Se a publicidade é necessária para assegurar a probidade do juiz, ela não é menos necessária para fundar a confiança do público. Suponhamos, contra toda verossimilhança, que uma justiça secreta seja bem administrada. Quais as vantagens? Quase nenhuma. A integridade estaria no coração dos juízes, mas a injustiça estaria posta à sua frente. Como poderia o público concordar com o título de “justos” a homens que vê comportarem-se de um modo conforme o qual só a injustiça pode prosperar e a integridade não pode senão perder?” (*ibidem*, cap. X, p. 277).

⁽³³⁹⁾ *Ibidem*. Todo este trecho está transcrito à nota 257.

⁽³⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 277-278. “As Cortes da Vehme”, prossegue Bentham, “a Inquisição, o Conselho dos Dez desonraram os governos que os fomentaram. Pode ocorrer que lhes tenham sido atribuídos mais crimes do que realmente cometeram; mas os autores do segredo são os únicos que não têm direito de se lamentar”.

⁽³⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 278.

⁽³⁴²⁾ Cf., sobre tais fatos, P. Ferrua, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, cap. I e II.

⁽³⁴³⁾ F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., I, p. 547, e II, par. 858, p. 316; L. Lucchini, *ob. cit.*, p. 34. Anselm Feuerbach chegou a exigir não apenas a possibilidade, mas também a obrigação da presença do público (*Über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Giessen, 1821, p. 166 e ss., citado expressamente por V. Manzini, *ob. cit.*, vol. III, p. 33). Carmignani reservou ao invés a publicidade ao processo acusatório, repelindo-a no inquisitório (*Teoria*, cit., IV, p. 205-217; sobre isso vejam-se as críticas em F. Carrara, *ob. cit.*, II, p. 249). Sobre valores gerais da publicidade no direito público, recorde-se a máxima de Kant: “Todas as ações relativas ao direito de outro homem

cujas máximas não são suscetíveis de publicidade são injustas” (*Zum ewigen Frieden* (1795), trad. it. de G. Solari e G. Vidari, *Per la pace perpetua*, Appendice, II, *Scritti politici*, cit., p. 330).

⁽³⁴⁴⁾ Cf., por exemplo, R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 327: “Só por meio do mais rigoroso segredo pode ser garantida a sinceridade da instrução. Mostrar ao imputado e a seu defensor aquela tênue linha que serve de guia no labirinto de um processo indiciário é o mesmo que deixar que a cortem”.

⁽³⁴⁵⁾ “A deliberação do tribunal, sobre o juízo a pronunciar entre seus componentes, é manifestação das opiniões e concepções *particulares*, e, portanto, de acordo com sua própria natureza, não tem nada de público” (G. W. F. Hegel, *Lineamenti*, cit., par. 224, nota, p. 191).

⁽³⁴⁶⁾ As relações entre segredo instrutório, informação jornalística, tutela da presunção de inocência e controle social sobre a justiça são objeto de uma literatura já rica. Recordem-se os volumes *Giustizia e informazione*, cit., que compila os atos do XV Congresso da ANMI de 1975; *Segreti e prova penale*, Atos do congresso de Ferrara, Giuffrè, Milano, 1979; *Atti del convegno su ‘Giustizia e informazione alla prova degli anni 80’*, Milano, 1983 (em particular a comunicação de Elena Paciotti). Cf. ainda, sobre o segredo em geral, o volume coletâneo *Il segreto nella realtà giuridica*, Cedam, Padova, 1983; G. Arena, *Il segreto amministrativo*, 2 vols., Cedam, Padova, 1983-1984.

⁽³⁴⁷⁾ *Infra*, par. 44.7. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 17-18, 38 e ss., 47 e ss., identifica o nascimento do direito penal moderno exatamente na inversão da relação entre pena e processo referente à publicidade: enquanto no direito pré-moderno os processos eram secretos e era pública e espetacular a execução da pena (suplícios, empalamento, berlinda, guilhotina em praça pública, amputações visíveis e infamantes e outros), na Idade Moderna a pena se faz secreta, ocultando-se e separando-se do mundo externo (reclusão, veículos fechados em lugar das carroças descobertas para o transporte dos condenados, execuções capitais dentro do cárcere e em horários antes do amanhecer), e o processo, ainda que em via de princípio, torna-se público e acentua o seu caráter litúrgico. O caráter solene e espetacular do direito transferiu-se assim do momento punitivo ao processual e a função garantista do processo corre o risco de se transformar em uma função repressiva.

⁽³⁴⁸⁾ Ob. cit., XXVIII, cap. 34, p. 845-846, intitulado “Comment la procédure devint secrète”.

⁽³⁴⁹⁾ Recordem-se os escritos de Adriano, segundo os quais é necessário confiar nas testemunhas e não nos depoimentos: “Divus Hadrianus rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum... Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent” (Callistratus, *4 de cognitionibus*, D. 22.5.3.3-4); a viva voz também tem valor expressivo: “Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa, et cognitionis subtilis diligentia adfert: nam et ex sermone, et ex eo, qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt” (Charisius, *Lib. sing. de testibus*, D. 48.18.10.5).

⁽³⁵⁰⁾ G. Salvio, ob. cit., p. 325; V. Manzini, ob. cit., I, p. 23-31 e 50. A prevalência da escritura também no processo acusatório medieval deveu-se sobretudo à influência dos esquemas civilísticos: seja na contestação da acusação (*liber accusationum*), seja também no interrogatório do imputado de que se tomava por escrito, assim como na oitiva das testemunhas, que vinha em capítulos reduzidos a termo. Quanto ao processo inquisitório, totalmente escrito, nele se produziam numerosos *libri* (*denuntiationum*, *testium*, *confessionum*, *diversarum scripturarum*, *praeceptorum* e outros) que eram compilados no *liber inquisitionum*, correspondente ao hodierno “fascículo” processual. Sobre a escritura e o segredo no processo inquisitório francês segundo a *Ordonnance* de 1670, cf., por último, P. Ferrua, *Oralià*, cit., p. 3-13.

⁽³⁵¹⁾ F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXI, p. 105-106: “a escritura, como bem diz Sócrates através de Platão, está morta; não nos fala senão por meio daquelas idéias que nos desperta com seus signos no espírito. De viva voz falam também o rosto, os olhos, as cores, o movimento, o tom de voz, o modo de dizer, e tantas outras diversas pequenas circunstâncias, as quais modificam e desenvolvem o sentido das palavras gerais e subministram tantos indícios ou a favor ou contra a afirmação das palavras. A língua muda, a eloquência do corpo, valendo-me da frase de Túlio, é não só a mais interessante como também a mais verídica das palavras, e pode esconder menos a verdade. Todos os signos usados se perdem na escritura muda, e faltam ao juiz os mais claros e certos argumentos”. No mesmo sentido se vejam J. Bentham, *Théorie des preuves*, cit., que reconhece, todavia, a “utilidade”, também para a defesa, do “processo verbal das disposições orais” (liv. II, cap. IX, p. 275, e liv. III, cap. XIII, p. 297) e F. Carrara, ob. cit., par. 893-894, p. 383-390, em que é proposta, como se lembrou, a compila-

ção autógrafa do processo verbal por parte do interrogado como única alternativa admissível à simples oralidade. Favorável à escritura, ao invés, foi G. Carmignani, *Teoria*, cit., liv. IV, p. 317-322.

⁽³⁵²⁾ Sobre as ocorrências do princípio de oralidade — da sua afirmação no processo acusatório francês instituído com os decretos revolucionários de 1789 e de 1791, à sua involução na reforma de 27.01.1801 e depois no Código napoleônico de 1808, nos Códigos italianos pré-unificação e nos de 1865 e 1913 — veja-se ainda P. Ferrua, *Oralità*, cit., parte I. Resta ainda hoje utilíssimo o panorama dos procedimentos orais nos diversos ordenamentos do século passado pesquisados por K. J. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni*, cit.

⁽³⁵³⁾ O desenvolvimento da escritura, de fato, se por um lado é uma consequência inevitável da demora dos processos, por outro lhe é um fator decisivo, impedindo tanto a concentração como a imediação. Esta última, então, é impedida também sob o plano epistêmico pelo filtro da verbalização, por força da qual, como se viu no parágrafo 4.3, os fatos são já interpretados judicialmente, resultando destacado só aquilo que dos depoimentos é tido como relevante por quem o compila e que então equivale, habitualmente, aquilo que é relevante para a acusação. Sobre a lentidão dos processos originada na Idade Média por causa da escritura, além das contínuas interrupções e disfunções, cf. A. Pertile, ob. cit., I, t. I, p. 9 e ss., que releva como ela não exclua a “precipitação” com a qual “contra os homens de baixo status e contra aqueles do partido adverso processava-se e sentenciava-se, freqüentemente sem nem mesmo ouvi-los, até mesmo sem citá-los”; V. Manzini, ob. cit., III, p. 486-487, que se reporta a uma lei do Conselho de Veneza de 02.09.1708 contra a inércia do Colégio, que “está fazendo por muitos meses em sua câmara, após o que não se reúne senão raríssimas vezes... conclui-se que ali estão por sete, oito, dez anos ociosos, com tantos prejuízos à justiça”. Contra essa lentidão Pagano propôs uma regra: “Em um outro dia deve-se falar e se voltar à causa, porém nunca se deve demorar mais de três dias após a discussão” (*Considerazioni*, cit., XXXII, p. 169). O problema, de resto, ocorria também em Roma, com o desenvolvimento do processo inquisitório *extra ordinem*: prova disso são as pesadas multas dispostas por uma Constituição de Justiniano de 529 para os juízes que não tivessem definido uma causa penal dois anos após a contestação (CI. 9.44.3).

⁽³⁵⁴⁾ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 683. Chiovenda indica essas três “consequências processuais” como “tão importantes quanto a oralidade mesma. E dizer ‘princípio de oralidade’ compreende-se em uma fórmula necessariamente breve e representativa *toda aquela série de consequências*” (ibidem, p. 680-681). No mesmo sentido: P. Calamandrei, *Oralità nel processo*, *Nuovo digesto italiano*, cit., IX, 1939, p. 178-180; A. Segni e S. Costa, *Procedimento civile*, *Novissimo digesto italiano*, XIII, 1966, p. 1.028-1.029.

⁽³⁵⁵⁾ Ob. cit., par. 886, p. 369. Analogamente F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 20: “Para assegurar o mais precioso dos direitos civis, ou seja, a liberdade, é necessário o freio da regularidade do processo, que segure o ilimitado arbítrio do juiz”.

⁽³⁵⁶⁾ F. Carrara, ob. cit., par. 813, p. 274, nota. A alusão, retomada no par. 886, p. 369, é ao Código de Processo de 1865: “é verdadeiramente zombar do povo ditar preceitos de rito deixando sua observância ao prazer do juiz, como muito freqüentemente tem feito o Código de Processo Italiano de 1865”. São palavras ainda hoje atualíssimas, sobretudo depois que uma Lei n. 534 de 08.08.1977 suprimiu a “insanidade” das violações das normas concernentes “à intervenção, assistência e representação do imputado”, previstas todas como motivos de nulidade absoluta oposta de ofício segundo o art. 185, n. 3, do velho Código de Processo, e só limitadamente à “falta de citação do imputado” e à “ausência de seu defensor quando for obrigatória sua presença” segundo o art. 179 do novo Código.

⁽³⁵⁷⁾ Ibidem, par. 819, p. 281-282: “Não basta que o juízo tenha atingido efetivamente seu fim jurídico, isto é, de conduzir à exata cognição da verdade enquanto seja propriamente condenado o verdadeiro culpado, e condenado somente na medida de seu merecimento. É necessário que o povo creia nisso. Eis o fim político das formas processuais. Quando as formas não foram observadas, a confiança pública na justiça do julgado não é senão a confiança na sapiência e na integridade do homem que julgou, e nem todos podem tê-la; mas quando as formas foram observadas, a confiança pública se apóia racionalmente nessa observância”.

⁽³⁵⁸⁾ Nesse sentido, cf. F. Carrara, ob. cit., par. 905, nota, p. 408: “é preciso ter como certa a distinção entre juiz que absolve e juiz que condena. O primeiro deve obedecer ao exórdio da lei e se manifestar segundo o que conhece como verdade, mesmo o que esteja *fora dos autos*. O segundo não, pois

daquilo que ele conhece fora dos autos não foi realizada contestação, nem concedido direito de defesa... O juiz é sempre soberano para não crer nos autos e por isso em boa consciência absolve quando sabe que as testemunhas acusam um inocente. Mas não é soberano para afirmar e acreditar naquilo que está fora do autos". No direito medieval central a fórmula com base na qual o juiz devia julgar *secundum allegata et probata* era ao invés bastante rígida. Recorde-se a "pilatesca" tese de Santo Tomás: "Iudex, si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus vincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniat occasionem liberandi innocentem, sicut Daniel fecit. Si autem hoc non potest debet eum ad superiorem remittere iudicandum. Si autem hoc non potest, non peccat secundum allegata sententiam ferens: quia ipse non occidit innocentem, sed illi qui eum assenserunt nocentem" (*Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIV, art. 6).

⁽³⁵⁹⁾ *Pensieri*, cit., 235, p. 117.

⁽³⁶⁰⁾ Numerosas fontes atestando a prática e às vezes a obrigação da motivação na Idade Média – de algumas sentenças de juízes longobardos a sentenças pisanas do século XII, das motivações "cultas" dos assim chamados "Grandes Tribunais" italianos às pronúncias motivadas das *Schöffengerichte* na Alemanha até a prescrição da motivação em alguns Estatutos e Principados italianos – são referidas por M. Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 319-325; idem, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, p. 279 e ss. Sobre o abandono na França da prática da motivação no século XIV, em nome do caráter absoluto do poder real e das Cortes reais, cf. T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1955, p. 23 e ss. Quanto aos tribunais eclesiásticos, V. Manzini, ob. cit., I, p. 47, nota 7, recorda a motivação da sentença do S. Ofício de 08.02.1600 contra Giordano Bruno. Na maior parte dos casos as sentenças eram, no entanto, imotivadas, sendo a motivação apenas facultativa (B. Brunatius, *Agon*, per Melchiorem Sessam, Venetiis, 1535, p. 48-bis: "Quero igitur ex praedictis: an iudex teneatur ponere in sententia, quare condemnat; dici quod non, quia sufficit satis si dicat: condemnno, vel absolvo;... sed si iudex vult, potest apponere").

⁽³⁶¹⁾ V. Manzini, ob. cit., I, p. 6, em que se precisa que eram motivadas apenas as sentenças dos magistrados e não também as dos jurados.

⁽³⁶²⁾ *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit., liv. VIII, aphor. 38, p. 812: "Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant idque palam atque astante corona, ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum".

⁽³⁶³⁾ Voltaire, *Commentario*, cit., XXIII, p. 648-649: "Afinal, por que em certas regiões as sentenças nunca são motivadas? Por acaso é vergonha dar as razões do próprio juízo?"; Condorcet, *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un proces bien connu* (1786), in *Oeuvres*, cit., t. VII, p. 152: "(Le droit naturel) exige que tout homme qui emploie contre des membres de la société la force qu'elle lui a confiée, lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé. En vain dirait-on que, dans l'arrêt imprimé, le greffier corrige par un titre détaillé ce silence insultant pour la nation. Ce n'est ici qu'une défaite qui couvre le dessein coupable de se réserver le droit de rompre ou de garder le silence suivant des motifs particuliers"; J. Bentham, *Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice* (1827), in *The works*, cit., VI, p. 356 e ss., em que todavia a motivação é considerada "altogether desirable", e objeto não de uma obrigação "of the legal kind" mas só de um dever "of the moral kind" ("o direito natural) exige que todo homem que empregue contra os membros da sociedade a força que ela lhe confiou, preste contas das causas que determinaram esse emprego. Em vão dir-se-ia, na prisão imposta, o escrivão corrige mediante um título detalhado este silêncio insultante para a nação. Não se trata aqui senão de uma derrota que cobre o desenho culpável de se reservar o direito de romper ou de manter o silêncio por motivos particulares") (p. 357).

⁽³⁶⁴⁾ O texto da *Prammatica ferdinandea* [Pragmática de Ferdinando IV], referido na nota 24 do capítulo I, está em G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, cit., p. 375-376. Após os protestos do Sacro Régio Conselho, que julgou essa lei desrespeitosa para os juízes, Ferdinando respondeu com um despacho de 25 de novembro de 1774: "S. Majestade quer que o S. Conselho tenha por máxima que a legislação repousa toda na soberania; que o S. Conselho não é senão juiz, e juízes são executores das leis e não legisladores; que o direito seja certo e definido, não arbitrário; que a verdade e a justiça que os povos conhecem e vêem nas decisões dos juízes sejam o decoro dos magistrados e não esse estilo de oráculo que não duvida de se atribuir na sua representação o Conselho: o gênero humano infelizmente tende a suspeitar e maldizer aquilo que não entende facilmente". Sobre a

pragmática de Ferdinando, “grandíssimo freio ao arbítrio do juiz”, veja-se, além das citadas *Riflessioni* de Filangieri, N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, cit., p. 76, 389, 779 e 913-918. Cf. também R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Jovene, Napoli, 1968, p. 137-171; M. Pisani, *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, *L'indice penale*, 1970, p. 317 e ss.; E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXVII, 1977, p. 187-188.

Antes da Pragmática de Ferdinando, uma obrigação de motivação não geral, mas relativa a procedimentos específicos e sem garantia de publicidade (prescrita só meio século depois, na *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793), havia sido introduzida na Prússia no *Codex Fridericianus Marchicus* de 1748, redigido por Samuel von Coccej [Samuel Cocceio] a pedido de Frederico II; no Piemonte, onde uma lei de Carlo Emanuele I de 07.01.1615, confirmada em 1723, prescreveu-a quando fosse requerida pelas partes e em casos de particular importância; no ducado de Módena que a introduziu em 1771 segundo o modelo piemontês. Para posteriores indicações, cf. M. Taruffo, *L'obbligo*, cit., p. 273 e ss.; idem, *La motivazione*, cit., p. 327 e ss.

⁽³⁶⁵⁾ A Declaração real relativa ao ordenamento criminal de Luís XVI prescrevia que toda sentença “énonce et qualifie expressément les crimes et délits dont l'accusé aura été convaincu et pour lesquels il sera condamné” (“enunciar e qualificar expressamente os crimes e delitos pelos quais o acusado terá sido processado e pelos quais ele será condenado”). Restavam de outro modo excluídas da motivação tanto as sentenças de absolvição como as de apelação. Cf. A. Laingui e A. Lebigre, *Histoire*, cit., p. 104-105 e 129. Do mesmo ano – 1788 – é o Código judiciário denominado *barbacoviano* do Principado de Trento, que introduzia a obrigação da motivação nos par. 212 e 214.

⁽³⁶⁶⁾ A obrigação de motivar, estabelecida na França em ambos os Códigos de Processo napoleônicos, foi prescrita sob pena de nulidade pelo art. 7 da Lei de 20 de abril de 1810. Na Itália a história legislativa do instituto é marcada em grande parte pela influência francesa: copiado da Constituição francesa de 1795 por todas as Constituições das repúblicas jacobinas – a de Bolonha de 1796 (art. 129), a Cispadana de 1797 (art. 228), a Cisalpina de 1797 (art. 208), a *ligure* de 1797 (art. 222), a *romana* de 1798 (art. 207) e a napolitana de 1799 (art. 207) –, o princípio de obrigatoriedade da motivação foi ao invés omitido nas Constituições napoleônicas da República italiana de 1802 e do Reino de Nápoles e Sicília de 1808 (mas não na siciliana promulgada em 1812 por Ferdinando III, que a instituiu no tit. III, cap. I, par. 5). Foi novamente introduzido no Código de Processo Civil para o Reino de Itália de 1806 (art. 141), que é uma tradução do napoleônico; e é confirmado nos dois Códigos de Processo do Reino das Duas Sicílias de 1819, assim como no piemontês e nos de outros Estados pré-unificação. Para uma reconstrução detalhada, cf. M. Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 333-344.

⁽³⁶⁷⁾ Nos ordenamentos de *common law* não existe até hoje uma obrigação jurídica de motivação, ainda que a motivação seja uma prática generalizada e afirmada desde o século XII (cf. M. Taruffo, ob. cit., p. 363 e ss.). Para uma crítica do nexo entre juízo dos jurados e veredicto imotivado, cf. E. Amodio, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1970, p. 462.

⁽³⁶⁸⁾ A expressão é de F. Carrara, ob. cit., p. 241: “Quem percebe sinceramente o quanto é terrível a fórmula ‘te declaro assassino porque te creio como tal, e tu não deves me investigar porque assassino te creio’, é impossível, se tiver um coração sensível, que não estremeça em face de tão desumano poder”.

⁽³⁶⁹⁾ Dessas três condições epistemológicas exigidas à motivação fatural e controlável na Cassação, a primeira reflete, sem cair nos vícios lógicos das provas legais negativas ilustradas no parágrafo 10.7, a necessidade das averiguações que toda prova adequada deve estar em condições de permitir e que foi expressa por Montesquieu com a tese segundo a qual “les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté” (“as leis que fazem perecer um homem com base em uma única testemunha são fatais à liberdade”) (ob. cit., XII, 3, p. 432). A segunda e a terceira refletem a necessidade, exigida pelo art. 368 do velho Código de Processo, de levar em conta as refutações das hipóteses acusatórias oferecidas pela defesa e por outro lado de oferecer refutações das hipóteses defensivas.

⁽³⁷⁰⁾ Ob. cit., p. 208.

⁽³⁷¹⁾ Sobre a distinção entre a função “endoprocessual” ou de garantia interna ao processo da motivação e a sua função “extraprocessual” como condição de controle democrático e da responsabilização externa da atividade judiciária, cf. M. Taruffo, ob. ult. cit., p. 334 e ss., e E. Amodio, ob. cit., p. 185-

189, os quais todavia discordam quanto às ascendências dos dois esquemas funcionais, identificadas pelo primeiro respectivamente nas tradições napolitana e francesa, e pelo segundo vice-versa. Sobre o valor democrático da motivação como fator de publicidade e de responsabilidade, cf. ainda M. Ramat, *Significato costituzionale della motivazione, Magistrati o funzionari?* org. por G. Maranini, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

NOTAS DO TRADUTOR

^{NT1} O autor emprega a palavra *requirente* no texto original; que designa tanto o Ministério Público quando exerce a postulação, quanto a *magistratura* requirente, para designar o conjunto de magistrados que desenvolvem funções de Ministério Público, dado que, na Itália, diversamente do Brasil, juizes e membros do Ministério Público pertencem à magistratura. Para diferenciar a função judicante daquela relativa às desenvolvidas pelo Ministério Público, emprega-se a palavra “postulação”, ou “postulantes”, que parece ser mais fiel ao sentido do texto.

^{NT2} O autor usa no texto original a palavra *terzieta*, que não comporta tradução direta para o idioma português. Seu sentido é o de manter o juiz como um terceiro equidistante das partes na relação processual, garantindo, assim, sua imparcialidade. Opto pelo emprego das palavras, *equidistância* ou *equidistante* para aquela em italiano.

^{NT3} Opto por empregar aqui a palavra *determinação* (de designação e competências) devido ao uso que possui entre nós na temática do juiz natural, que é o contexto em que o autor insere suas observações neste ponto da obra.

IV

FENOMENOLOGIA.
A INEFICÁCIA DAS GARANTIAS
NO DIREITO PENAL ITALIANO

O SUBSISTEMA PENAL ORDINÁRIO

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 42. **NORMATIVIDADE E EFICÁCIA NO SISTEMA PENAL ITALIANO:** 1. A estrutura garantista do ordenamento constitucional italiano. As carências da Constituição de 1948; 2. A diferenciação entre princípios e práticas. As três diferenciações do sistema penal italiano: os três subsistemas penais; 3. A crise da forma legal e judiciária do direito penal – 43. **O CRIME. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E ASPECTOS EFETIVOS:** 1. A noção legal de crime no direito italiano; 2. As garantias substanciais e os elementos constitutivos do crime; 3. As lesões legais das garantias relativas ao elemento objetivo; 4. As lesões legais às garantias relativas ao elemento subjetivo; 5. Para uma nova codificação, não encarceramento pelos crimes e pela despenalização das contravenções – 44. **A PENA. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E DELINEAMENTOS EFETIVOS:** 1. A noção legal de pena no direito italiano. As garantias de retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição;^{NT1} 2. Medidas *extra delictum* e *extra iudicium* restritivas da liberdade. Os tratamentos diferenciados na reforma penitenciária; 3. A pena incerta e desigual. Os cárceres especiais e o labirinto premiador; 4. Penas segundo os tipos de preso, de autor e de acusado. As sanções substitutivas e os acordos; 5. As lesões ao princípio de submissão das penas à jurisdição: as penas sem processo; 6. O processo como pena. Imputação penal e rotulação social – 45. **O PROCESSO PENAL: PRINCÍPIOS NORMATIVOS E PERFIS DE EFETIVIDADE:** 1. A noção legal do processo penal no direito italiano. O modelo constitucional; 2. O novo Código do Processo Penal e o sistema acusatório; 3. As lesões legais do modelo constitucional do processo penal. O legado da emergência; 4. Os procedimentos especiais sumários. Juízos diretíssimos, imediatos e por decreto; 5. Os procedimentos especiais diferenciados: transação sobre a pena e transação sobre o rito. Ritos alternativos ou alternativas ao processo?; 6. A mudança de paradigma do sistema penal.

42. NORMATIVIDADE E EFICÁCIA NO SISTEMA PENAL ITALIANO

1. A estrutura garantista do ordenamento constitucional italiano. As carências da Constituição de 1948

A Constituição italiana de 1948, não diversamente das outras constituições evoluídas, incorporou sob a forma de limites ou de proibições ao poder punitivo do Estado a maior parte das garantias penais e processuais analisadas no capítulo precedente. Assim, é uma Constituição rígida num duplo sentido: no sentido de que a modificação de suas normas é possível apenas com procedimentos especiais – que excluem abrogação implícita da parte

das leis ordinárias que com ela contrastam – e no sentido de que as leis deste último tipo são suscetíveis de revogação mediante pronunciamento de inconstitucionalidade por parte da Corte constitucional, uma vez chamada a apreciar esta matéria. A estrutura do nosso ordenamento é, por conseguinte, aquela de um “Estado de direito” em sentido estrito, onde o exercício de qualquer poder – não apenas do Poder Judiciário e do Executivo e administrativo mas também do Poder Legislativo – está subordinado aos vínculos de legalidade não só formais mas também substanciais. O legislador penal não tem o poder de dispor ou predispor proibições, penas e juízos “quando” e “como” quiser, mas apenas na presença das condições estabelecidas como necessárias pelos princípios garantistas enunciados na Constituição.

Graças a esta estrutura normativa, não apenas os processos mas também as leis são virtualmente considerados como inválidos se promulgados em conflito com as normas que lhes são superiores. Disto decorre, como se viu no parágrafo 26, uma dissociação estrutural entre vigor e validade que diz respeito à crítica e à censura interna das leis vigentes supostamente inválidas e, ao mesmo tempo, ao traço característico do “Estado de direito” e à razão de sua latente e difusa ilegitimidade jurídica. Disto decorre, também, um papel específico da cultura jurídica. Juízes e juristas são institucionalmente chamados, dentro de um Estado de direito de Constituição rígida, a ser por esta razão reformadores por profissão, no sentido de que é tarefa deles não apenas conservar o direito vigente como tal, mas analisá-lo e criticar os perfis de invalidade constitucional a fim de promover a progressiva adequação destes ao dever ser normativo.

De outra parte, a incorporação das garantias penais e processuais penais limitadoras – como de resto de todas as outras garantias – é no nosso ordenamento extremamente imperfeita. Nem todos os princípios garantistas até agora ilustrados são expressamente estabelecidos em normas de nível constitucional; e nem todos são formulados com o rigor e com a clareza possíveis e desejáveis. As únicas garantias estabelecidas inequivocamente na nossa Constituição são o princípio retributivo da não derrogação do fato, o princípio de legalidade e submissão à jurisdição em sentido lato, a proibição da pena de morte em tempo de paz, a presunção de não culpabilidade até a condenação definitiva, e o corolário dela derivada do ônus acusatório da prova, os princípios do juiz natural e da independência interna e externa da função judiciária, a obrigatoriedade da ação penal e o direito de defesa (arts. 24, 25, 27, 101-109). O princípio de estrita legalidade ou taxatividade (como de resto aquele de estrita submissão à jurisdição) é, ao contrário, anunciado de forma não expressa na Constituição mas implicitamente, e de forma bastante sumária e indireta, a ponto de fazer crer a alguns que ele não tenha sido de fato constitucionalizado.¹ O mesmo se diga das garantias penais de materialidade, de ofensividade e de culpabilidade: a primeira deduzida unicamente pelo uso da palavra “fato” no art. 25 parágrafo 2.º;² a segunda reconhecida por alguns como logicamente implicada na natureza da pena de detenção, cuja aplicação, recaindo sobre um bem de *status* constitucional como é a liberdade pessoal, não é justificável senão para prevenir outras ofensas a bens igualmente constitucionais;³ a terceira formulada com referência muito genérica e elíptica ao caráter “pessoal” da responsabilidade penal.⁴ Por fim, não existe traço na nossa Constituição do princípio da necessidade de um limite máximo para duração da pena de detenção, e da garantia da separação entre juízo e acusação.

Apenas de maneira aproximativa, e em virtude de uma interpretação sistemática baseada inevitavelmente em juízos de valor e em opiniões metajurídicas garantistas liberais, pode-se conseqüentemente afirmar que a Constituição italiana incorporou o modelo de cognição SG, que foi delineado no plano teórico e axiológico. Esta tese é seguramente susten-

tável, entre outras razões, porque emana de dois argumentos lógicos: antes de tudo, pela incorporação, na Constituição, do direito de defesa, isto é, da última das garantias de SG, para cuja satisfação, como foi demonstrado, supõe a satisfação de todas as outras, sendo justificáveis apenas as imputações derivadas unicamente sobre ações e eventos empíricos e julgadas por um juiz imparcial, porque separado dos órgãos de acusação; em segundo lugar, o valor primário assinalado pelo art. 13 da Constituição à liberdade pessoal, que comporta a constitucionalização do modelo de direito penal mínimo, sendo possível derivar desta disposição que os custos penais em termos de privações da liberdade devam ser, portanto, um *mal menor* em relação aos *males maiores* representados pelas ofensas que devem prevenir. Isto não impede que o texto constitucional em tema de garantias penais e processuais seja genérico e lacunoso sob qualquer aspecto, ainda mais que os códigos; e que sua formulação mais rigorosa não teria impedido interpretações redutíveis não fossem os esforços profusos da doutrina progressista para extrair todas as implicações garantistas. Em qualquer caso, se refutamos aquela variante progressista da confusão entre direito e moral que denominei "constitucionalismo ético", os princípios axiológicos formulados em sede filosófica – como são aqueles do nosso modelo SG – podem valer, de um lado, como parâmetros teóricos para crítica *externa* das lacunas e das imperfeições também constitucionais do nosso direito penal, e, de outro, como princípios gerais do ordenamento idôneos a orientar *internamente*, graças a sua coerência com os princípios constitucionais univocamente estabelecidos, seja a escolha interpretativa relativa à norma da Constituição de um significado incerto, seja a política reformadora do legislador ordinário.

Nesta parte traçarei as linhas de uma crítica inevitavelmente sumária do sistema penal italiano, seja do ponto interno ou *de iuri condito* (com referência à Constituição), que do externo o *de iuri condendo* (com referência ao nosso modelo axiológico SG). Nesta parte analisarei, antes de tudo, o sistema italiano de legalidade penal e processual, a fim de explicitar todos os princípios em nível constitucional e infraconstitucional que ainda que imperfeitamente reflitam no seu conjunto o modelo teórico garantista SG. Tentarei, em segundo lugar, oferecer um inventário esquemático, mas espero não completo, das múltiplas lesões que a tal modelo são aportadas nos diversos níveis substantivos do ordenamento, e que consentem interpretar o funcionamento efetivo dos seus vários institutos na medida da tipologia dos sistemas não garantistas SI-S10.

2. A diferenciação entre princípios e práticas. As três diferenciações do sistema penal italiano: os três subsistemas penais

Os vícios mais graves do nosso ordenamento penal são indubitavelmente aqueles que consistem nos âmbitos de ilegitimidade interna que caracterizam o exercício efetivo do poder punitivo; também se deve reconhecer a sua viscosa resistência à censura de invalidez que é em larga medida favorecida pelos defeitos do ordenamento já apontados do ponto de vista externo, isto é, da formulação imperfeita dos parâmetros constitucionais e legais de validade.

Os vícios internos obviamente não são apenas de direito penal, sendo em qualquer medida legados da estrutura mesma do Estado de direito. Na passagem dos níveis mais altos aos níveis mais baixos do ordenamento – da Constituição à legislação ordinária, da legislação à sua aplicação judiciária e ainda policialesca –, quando se verifica de forma irrefutável um *décalage*, isto é, uma perda de fato das garantias normativas estabelecidas em via de princípio. Disto resulta um desencontro mais ou menos profundo entre norma-

tividade e efetividade que se manifesta sob a forma de *antinomias* entre normas e princípios de nível superior e norma e práxis de nível inferior. Esta antinomia, que em qualquer medida existe sempre entre os diversos níveis de normas, depende do fato de que qualquer um desses níveis se configura como *normativo* em respeito àquele inferior e como que *fatural* em respeito àquele superior, e que faz parte da natureza deontológica das normas, ainda que dirigidas ao legislador, a possibilidade de serem violadas. A imagem ofertada por um ordenamento é, conseqüentemente, distinta da segunda, que extrai do topo a condição apenas normativa de validade ou, ao invés, da base, a condição apenas fatural de efetividade. Visto a partir dos planos mais altos, o edifício penal, como de resto qualquer edifício jurídico, apresenta indubitavelmente uma imagem de racionalidade e de justiça que é bem distinta daquela de irracionalidade e de injustiça oferecida freqüentemente pelos seus planos mais baixos.

Precisamente, as imagens do ordenamento são tantas quantos são os níveis normativos assumidos como pontos de vista ou referentes semânticos: a Constituição, a lei ordinária, a jurisdição, a atividade de polícia. E são tanto mais válidos ou edificantes – mas inefetivos – quanto mais se sobe, e tanto mais inválidos e perversos – mas efetivos – quanto mais se desce na hierarquia das fontes.

É grave assumir estas imagens parciais – as do topo e as da base – como representações exaustivas de um ordenamento complexo como é o Estado de direito. Em tal sentido elas são frutos de dois erros que derivam respectivamente de duas falácias já assinaladas – *normativa* e *realista* – produzidas pelo escambo do dever ser com o ser ou, inversamente, do ser com o dever ser; e que estão na base de dois vícios ideológicos opostos – *idealista* e *realista* – entre os quais oscila a ciência jurídica, e não apenas a do direito penal. Retomando a imagem piramidal do ordenamento desenhada por Kelsen, o erro de perspectiva em que incorre boa parte da ciência jurídica do ordenamento normativista – a começar pela doutrina kelseniana – é aquele de confundir o inteiro edifício apenas com os seus planos mais altos (*law in books*), confundindo aquilo que o direito *é* com aquilo que o direito *deve ser*, impedindo assim a identificação do grau de ineficiência do seu “dever ser” normativo. E existe um erro simétrico ao anteriormente apontado, proveniente das doutrinas jurídicas de orientação realista ou sociológica, como os trabalhos de Oliver W. Holmes ou de Alf Ross, que confundem o inteiro edifício com o seu plano mais baixo (*law in action*), identificado o direito que “deve ser” com o direito que “é” e assim impedindo a identificação do grau de ilegitimidade do seu “ser” efetivo. Uma ciência jurídica dotada de adequada capacidade explicativa deve contemplar simultaneamente os planos variados do edifício: aos mais altos, normativos em relação aos mais baixos, para precisar os perfis de ineficiência e aqueles de racionalidade e de justiça; e àqueles mais baixos, fáticos em relação aos mais altos, para definir os perfis de invalidade além daqueles de irracionalidade e de injustiça.⁵

No direito penal italiano o desencontro entre normatividade e efetividade é apenas mais vistoso e mais grave que em outros setores do ordenamento. Isto se manifesta nas três vertentes as quais illustrei nos três capítulos que se seguem: entre sistema constitucional e subsistema penal ordinário; entre subsistema penal ordinário e subsistema penal de polícia; entre os dois subsistemas observados em nível normativo e a prática judiciária e polícial que estão sempre um grau abaixo das normas, o mais das vezes para invalidá-las do que para obedecê-las. Estas três variações acentuadas no último decênio por efeito da legislação e da jurisdição de emergência correspondem a outras tantas formas de degradação dos princípios de estrita legalidade e de estrita submissão à jurisdição, as quais demandam, segundo a for-

mulação proposta no capítulo 3, a denotação judiciária apenas daquilo que a lei denota e a conotação judiciária apenas daquilo que a lei conota; em seguida há um contraditório público entre a acusação e a defesa, destinado respectivamente à verificação e à falsificação. Surge como resultado o esvaziamento de quase todas as garantias penais e processuais em abono a um crescente *caráter administrativo* do direito penal, o qual vem expresso na sua mutação tendenciada de um sistema estritamente retributivo – voltado diretamente a prevenir os crimes futuros apenas mediante a punição dos delitos passados e provados – para um sistema tendente à prevenção voltado a enfrentar a mera suspeita de delitos passados ou o mero perigo de delitos futuros.

Esta mutação é produzida por três vias, correspondentes cada uma delas às três derivações ora indicadas. A primeira via é fruto, sobretudo, da persistência do Código Penal de 1930 e do clima emergencial no qual foi maturada a reforma do Código de Processo, assim como do baixo grau de efetividade das garantias constitucionais relativas ao delito, à pena e ao processo, isto é, a todos os três momentos cardinais *do direito penal ordinário*. São expressões desta ineficiência: as provisões de figuras de crime sem a precisa conotação e denotação legais e a conseqüente amplitude de discricionariedade do juiz na sua denotação e conotação judiciárias; a previsão de penas atípicas e sobretudo de sanções cautelares *ante* ou *extra iudicium*; a insuficiência no juízo em face da recente reforma do Código de Processo Penal de efetivas garantias de ônus acusatórios de verificação, e do direito defensivo à falsificação, dado o espaço aberto deixado na fase das investigações preliminares e nos diversos procedimentos especiais a técnicas inquisitórias de apenar preventivamente e de coação e subordinação do imputado. A esta primeira variação são dedicados os próximos três parágrafos do presente capítulo. Neles – segundo programa metodológico traçado que assume a variação entre “dever ser” e “ser” como tema central da análise científica do direito vigente – serão em primeiro lugar delineados os aspectos normativos e, depois, em oposição, aqueles efetivos da fenomenologia do crime, da pena e do processo.

A segunda via é aquela que nasce ao lado do direito penal ordinário, dominado, ao menos normativamente, pelos princípios de estrita legalidade e submissão à jurisdição de um *direito penal especial* ou administrativo, baseado ao menos legalmente em tais princípios, e de predominante atribuição da polícia. A esta segunda variação, que se manifesta numa diferenciação do direito penal em subsistemas diversos, é dedicado o capítulo 11, onde será ilustrado o desenvolvimento daquele amplo e variado espectro de punições preventivas *ante* ou *extra* ou *ultra delictum*, que são a prisão preventiva, as medidas de segurança, as medidas de prevenção, as medidas cautelares de polícia e aquelas atípicas de ordem pública.

A diminuição da nossa justiça penal não adveio, no entanto, apenas por via legislativa. Em medida não menor, como demonstrarei no capítulo 12, também é derivada da *via* judiciária em virtude da terceira variação aqui anunciada, entre “dever ser” e “ser” do direito, isto é, da crise da razão jurídica verificada sobretudo nos anos de emergência, e manifestada na *praxe* do acordo, com reflexos atávicos provenientes da nossa rica e constante tradição penal inquisitória. A *praxe*, assim se diz, é sempre mais pobre que a legalidade formal do que se deseja. Nela sempre tende a prevalecer a razão da eficiência ligada à fácil idéia, própria ao senso comum autoritário, de que a justiça deve observar o réu por detrás do crime, a sua periculosidade antes de sua responsabilidade, a identidade do inimigo mais do que a prova de seus atos de inimizade.

3. A crise da forma legal e judiciária do direito penal

As deformações ora indicadas não dependem apenas do esfacelamento que inevitavelmente subsiste entre “dever ser” e “ser” em todos ordenamentos jurídicos e em quaisquer ramos do direito. Depende também de fatores específicos dos quais falarei difusamente nos próximos capítulos, mas que desde já convém indicar: as sucessivas estratificações mediante as quais é formado o nosso ordenamento penal; a expansão crescente do papel judiciário em face das mudanças do sistema político e o manifestar-se da criminalidade organizada que foge aos parâmetros de estrita legalidade; a vocação congênita do Poder punitivo – Legislativo e Judiciário – de expandir-se de forma absoluta para além dos limites estabelecidos pelas normas que o regulam.

O fator mais evidente é, sem dúvida, a política legislativa desenvolvida em matéria penal nos anos da República. É fato notório que a Constituição de 1948, com o seu conjunto de princípios garantistas, simplesmente se sobrepôs aos Códigos Rocco de 1930 que, no entanto, permaneceu em vigor na era republicana por um período três vezes maior em relação àquele em que durou no fascismo e de forma muito mais abrangente que todos os Códigos Penais da nossa história.⁶ As três deformidades são, sem dúvida, agravadas devido a uma imponente legislação excepcional que, nos anos setenta, revitalizou os institutos mais odiosos da legislação fascista e debilitou os frágeis lineamentos garantistas. Nela também aparece o novo Código de Processo Penal, que, se de um lado, transformou o nosso processo em sentido semi-acusatório, por outro terminou por receber inúmeros institutos policialescos introduzidos pelo estado de emergência: do interrogatório de polícia sem defensor até a redução da pena discricionariamente acordada entre a acusação e a defesa. O segundo fator de crise é a amplificação sem precedentes da intervenção penal, que, sobretudo na última década, invadiu âmbitos que tradicionalmente eram subtraídos do controle judiciário: da criminalidade da administração pública e o do ramo empresarial e financeiro ao amplo espectro dos delitos que lidam com interesses coletivos, como o ambiente, a saúde, a segurança nos locais de trabalho e similares, até os fenômenos velhos e novos de criminalidade organizada – o terrorismo, a máfia, a camorra e as inúmeras formas de delinquência vinculadas ao mercado da droga. Este crescimento desmesurado do controle penal é devido, por sua vez, a múltiplas razões: antes de tudo à corrupção de cunho político e administrativo, que se expressa em formas de ilegalidade e delitos sempre mais difusos e sistemáticos que se traduzem em fenômenos de subversão (das tentativas de golpe dos anos sessenta às inúmeras manobras repressivas do serviço secreto, até a formação de consórcios ocultos que, por anos e de formas variadas, ameaçaram nossas instituições); em segundo lugar, a ineficiência dos outros poderes do Estado – parlamento, governo e burocracia – no exercício dos controles que lhes cabiam, bem como a sua incapacidade, ao lado de sua habilidade de auto-imunização, de intervenção com soluções políticas ou administrativas nas causas genéticas das novas formas de criminalidade; em terceiro lugar, a inflação crescente das figuras de crime devido à tendência do legislador – por ignorância ou por desconfiança na eficácia dos controles políticos e administrativos – em sancionar penalmente todas as infrações da lei, ainda que leves ou secundárias, e apenas em uma parte mínima balanceada pela tímida vertente de despenalização. É claro que neste vazio de poder legal, e nesta selva de poderes ilegais ou extralegais, a intervenção penal terminou por configurar-se como a principal forma de responsabilização e de controle sobre a atividade dos poderes públicos e privados. Das tramas golpistas dos serviços

de segurança aos compromissos mafiosos e escusos dos partidos até os inumeráveis escândalos econômicos e financeiros que acompanharam a nossa vida civil e política, pode-se dizer que não houve na Itália um só desvio institucional que não tenha surgido e não tenha sido combatido com o aparato penal.⁷ Nunca como nestes anos foi realçada a importância para a nossa democracia do papel independente da magistratura como contrapoder, e da jurisdição como função de controle da legalidade.

É, sem dúvida, própria desta extensão maciça do direito penal, sua incursão sobre a estrutura garantista da jurisdição, turvando a legitimidade, favorecendo o exercício distorcido e aumentando a diferenciação entre normatividade dos princípios e efetividade das práticas. A ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo, sendo o instrumental penal inidôneo para enfrentar todos os males sociais sem se romper ou corromper. Isto é tudo o que aconteceu na Itália, onde o estado de emergência ganhou muito espaço graças à revitalização dos delitos associativos previstos no Código Rocco e à invenção de novas técnicas inquisitórias, formas de processo e acusação de matiz policialesca e esquemas penais modelados com base em tipos de autor. Estes arquétipos substanciais surgiram novamente, sobretudo nos processos de terrorismo e contra as outras formas de criminalidade organizada, encontrando a seu favor uma subcultura jurídica animada por uma conceituação de processo como uma “luta” pela *salus rei publicae* e que justifica meios extraordinários; e acabaram por contagiar por completo o costume judiciário valorizando, também nos processos para delitos comuns, métodos fortes e persecutórios de justiça preventiva. Agreguem-se os desvios, as disfunções e os arbítrios provenientes do caráter, sem dúvida secreto e incontrolado, do nosso processo penal na fase de inquérito, que é, pois, a mais delicada e decisiva, e da qual resulta uma relativa autonomia da praxe, tanto maior quanto mais fracos se tornam os vínculos garantistas a ela impostos pela lei, e quanto mais forte seja feita a legitimação emergencial da função judiciária.

É esta *auto-nomia* – ou se se quer *a-nomia* – da função penal o principal fator de crise da jurisdição. Ela equívale à crise da *forma* da lei e conseqüentemente do paradigma cognitivo do juízo penal: quer dizer, crise da certeza do direito, da igualdade dos cidadãos diante da lei, da sua imunidade ao arbítrio inquisitório. Sob este aspecto, a legislação penal e processual dos anos oitenta, mantendo intacto o rigor sancionador do Código Penal Rocco, foi ladeada por inúmeras medidas e ritos alternativos seja à pena, seja ao processo, o que contribuiu para a crise do paradigma garantista em medida não menor do que aquela dos anos setenta. O mesmo Código de Processo Penal, que constitui um progresso em relação ao velho e dismantelado regime, apresenta aspectos de extraordinária continuidade em relação às tendências expressas da legislação de emergência: os ritos alternativos dos acordos, que, na intenção do legislador, deveriam abarcar a maior parte dos processos, se resolvem de fato numa espécie de justiça transaccional ligada à acusação, e exercitada em segredo, seguindo forma administrativa substancial, e freqüentemente desvinculada dos parâmetros legais. Caso se considere que esta mudança de paradigma não possua qualquer reflexo nos fundamentos axiológicos da jurisdição penal, amparada em simples critérios de eficiência – e não de um genérico e impróprio reclamo a um modelo acusatório – compreende-se a necessidade de proceder hoje a um seu repensar crítico, voltado a uma revisão ou, ao menos, à limitação dos efeitos mais perversos na prática judiciária.

43. O CRIME. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E ASPECTOS EFETIVOS

1. A noção legal de crime no direito italiano

Segundo o direito penal italiano, crime é qualquer fato ofensivo denotado por lei anterior ao seu cometimento, como pressuposto de uma pena imposta mediante um juízo sobre a responsabilidade de uma pessoa física, imputável e culpável. Esta definição se funda no nosso ordenamento nos arts. 25 e 27 da Constituição e 1, 2, 40, 42, 43, 49 e 85 do Código Penal. É, por isso, uma definição legal ou dogmática – descritiva de normas e apenas neste sentido normativa – que faz referência ao “dever ser” do direito penal, que é enunciado de seus princípios fundamentais de legitimação jurídica ou interna. *Grosso modo*, além disso, inclui todas as condições necessárias à integração de um crime que enunciamos teoricamente no tópico *SG* e que corresponde a outras tantas garantias penais: os princípios da estrita legalidade, da retributividade, da ofensividade, da materialidade, da culpabilidade e da submissão à jurisdição. Enfim, em virtude do seu caráter formal e nominal, ele sugere critérios tanto formais como nominais de distinção dos crimes entre si relacionados e com relação aos outros tipos de ilícito jurídico. Os crimes são, de fato, divididos pelo art. 39 do Código Penal em: *delitos e contravenções* “segundo a diversa espécie de penas estabelecida” nos arts. 17 e 19; prisão perpétua, reclusão e multa para os crimes; prisão e multa para as contravenções. E os vários tipos de ilícitos se distinguem entre si unicamente pelo distinto tipo de sanções para eles previstos em lei: a pena cominada com a garantia do processo penal para os *crimes*; o ressarcimento do dano e a execução em forma específica cominados com a forma do processo civil para os *ilícitos civis*; as sanções disciplinares ou administrativas cominadas com procedimentos autorizadores de caráter não penal para os *ilícitos disciplinares e administrativos*.

Como se viu nos parágrafos 27 e 28, esta definição formal de crime não é, de fato, desvirtuada no plano teórico, mas, ao contrário, é uma operação discriminante com base em modelos substanciais de direito e de ciência penal. A sua importância reside precisamente na formulação de um critério positivo e formal de identificação das condutas^{NT2} desviantes, em um número exclusivo e exaustivo de fatos que a lei penal em *vigor*, quaisquer que sejam as valorações ético-políticas expressas nesses tipos, ou sobre outros fatos não previstos, denotam univocamente e conotam como pressupostos de pena; restando, obviamente, os vínculos axiológicos e substanciais impostos à validade das leis pelos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, os direitos de liberdade, o valor da liberdade pessoal e a conseqüente justificação das penas de detenções apenas para a tutela dos bens cujos valores sejam com ela comparáveis. “Crime”, por outro lado, segundo esta noção, é uma simples figura de qualificação jurídica e não uma figura de qualificação moral, sociológica ou antropológica, e não designa o que é tido como contrário à moral ou aos interesses da nação ou às exigências de defesa da sociedade ou do Estado, mas, apenas, aos fatos que algumas leis promulgadas anteriormente à sua comissão qualificam expressamente como puníveis. E “réu” não é alguém que, segundo as circunstâncias, as opiniões, ou os contingenciais relacionamentos de força, pode ser etiquetado como “imoral” ou “perigoso” ou “infiel” ou “inimigo” ou similar, mas apenas alguém que é identificado como responsável por um crime da forma antes mencionada. Não é, de fato, o crime que deve ser identificado pelo réu, mas é o réu que deve ser identificado por meio do crime. O modelo penal garantista incorporado no nosso ordenamento criminaliza “tipos de ações” e não “tipos de autores”; pune “por aquilo que se faz” e não “por aquilo que se é”; interessa-se pelos comportamentos

danosos e não pelos sujeitos danosos; tutela, antes, as diversas e específicas identidades por serem desviantes; endereça ao juízo a prova dos fatos e não a inquirição sobre as pessoas.

2. As garantias substanciais e os elementos constitutivos do crime

Este método de identificação objetiva do crime expresso na primeira parte da nossa definição, encontra-se estabelecido, ainda que em termos excessivamente sumários, no já recordado art. 1 do nosso Código Penal: “Ninguém pode ser punido por um fato que não seja expressamente previsto como crime pela lei”. Tal concisa disposição, cuja brevidade vai certamente acompanhada da precisão, inclui as principais garantias penais do sistema SG relativas ao elemento objetivo do crime e ilustradas no capítulo 8: a) o *princípio de legalidade*, aa) no sentido lato ou formal de *reserva de lei*, ou seja, da proibição que o tipo penal do crime seja modificado a não ser por lei, jamais por provimentos administrativos ou judiciais e, ab) no sentido estrito ou substancial, de *taxatividade penal*, ou seja, da obrigação que a lei conote expressamente a figura do crime e que denote exatamente a sua extensão, e consinta na aplicação em tese judiciais verificáveis e falsificáveis juridicamente, b) o *princípio de regulação* e de *retribuição*, que excluem que as leis penais sejam constituídas a não ser regulativamente, e impõe que elas, em suas previsões, refiram-se a fatos e não a meras qualidades ou condições pessoais do sujeito (políticas, sociológicas, antropológicas ou até mesmo jurídicas) mas, sim, que a punição venha apenas por um fato, isto é, *post delictum* e não *ante* e *extra delictum*; c) o *princípio de materialidade*, que, por sua vez, reclama que os crimes consistam em fatos – e enquanto tais exteriores –, e desta forma em ações e não em idealizações ou comportamentos interiores, assim garantindo o máximo grau de correspondência empírica dos tipos penais concretos àquelas normativas, possibilitando desta maneira a verificação e a falsificação fatural.

São corolários destes princípios e, em particular, daquele da legalidade, seja em sentido lato seja que em sentido estrito: a) o *princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável ao réu*, enunciado pelo art. 2, parágrafo 1.º, do Código Penal (“Ninguém pode ser punido por um fato que segundo a lei do tempo em que foi cometido não constituía crime”); b) os *princípios de retroatividade e de ultratividade das leis penais favoráveis ao réu*, estabelecidos pelo art. 2, parágrafos 2.º e 3.º, do Código Penal (“Ninguém pode ser punido por um fato que segundo uma lei posterior não constitui crime; e se já estiver condenado cessam as execuções e os efeitos penais. Se a lei do tempo em que foi cometido o crime e a lei posterior são diversas, aplica-se aquela cuja disposição seja mais favorável ao réu, salvo que tenha sido pronunciada uma sentença irreversível”); c) a *proibição de analogia penal “in malam partem”*, ditado pelo art. 14 (“As leis penais não se aplicam a não ser aos casos e no tempo nelas considerado”), o que obviamente não exclui a analogia *in bonam partem* com relação às eximentes, às atenuantes, às causas de extinção do crime e da pena e, em geral, às normas não penais em sentido estrito porque favoráveis ao réu. Mais sinteticamente, todos estes princípios corolários resultam sancionados pelo art. 25 da Constituição, segundo o qual “ninguém pode ser punido a não ser por força de uma lei que já estivesse em vigor antes do fato cometido”. Apenas por uma via de interpretação lógica e teológica se pode extrair do nosso ordenamento a garantia penal da *ofensividade* dos crimes: de um lado, como se disse, com base num valor constitucional associado à liberdade pessoal do art. 13 da Constituição, o qual exclui como meritórios de tutela penal bens de valor inferior aos custos das privações de liberdade reclamadas por tal tutela; do outro,

com base no art. 49, parágrafo 2.º, do Código Penal, que exclui a punibilidade “quando para a inidoneidade da ação ou para a inexistência do objeto desta seja impossível um evento danoso ou perigoso” assim como do art. 43 do Código Penal, que define “delito doloso” como previsão e vontade do “efeito danoso ou perigoso que é resultado da ação ou omissão e da qual a lei faz depender a existência do delito”.

Se a primeira parte da nossa definição estabelece os critérios de *identificação objetiva* do crime, a segunda parte enuncia os dois critérios de atribuição com base nos quais é possível a *identificação subjetiva do réu*: a) o *princípio de responsabilidade pessoal*, ou seja, da atribuição de um fato punível à pessoa física que ~~(não sem culpa~~ nem por caso fortuito) o cometeu (e não a outra pessoa ou grupos), enquanto seja esta imputável e culpável; b) o *princípio de submissão à jurisdição*, por força do qual a responsabilidade culpável de uma pessoa por um crime a ela atribuído pode ser afirmada apenas após o juízo conclusivo de uma sentença definitiva de condenação. Os dois princípios, dos quais falei no parágrafo 45, dedicado ao processo, são enunciados de maneira excessivamente sintética pelo art. 27, parágrafos 1.º e 2.º, da Constituição: “A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”. De forma bem mais analítica, o primeiro princípio é, por seu turno, formulado pelo Código Penal, que o articula na prescrição de três condições indicadas no parágrafo 35.2: aa) o *imediatismo* do crime assegurado pela *relação de causalidade* entre o evento danoso e a ação da pessoa (art. 40, parágrafo 1.º, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por um fato previsto pela lei como crime se o evento danoso ou perigoso do qual depende a existência do crime não é consequência de sua ação ou omissão”); ab) a *imputabilidade* ou *capacidade penal do agente* (art. 85 do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por um fato previsto pela lei como crime se no momento em que o cometeu não era imputável. É imputável quem tem a capacidade de entender e de querer”); ac) a sua *culpabilidade* (art. 42, parágrafo 1.º, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por uma ação ou omissão prevista pela lei como crime se não o tiver cometido com consciência e vontade”), a título de *dolo* ou de *culpa* ou de *preterintenção* (art. 42, parágrafo 2.º, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por um fato previsto pela lei como crime se não o cometeu com dolo salvo nos casos de delito preterintencional ou culposo”; art. 43 do Código Penal: “O delito é doloso” quando “o evento danoso ou perigoso... é pelo agente previsto e querido”, “culposo” quando “ainda que previsto não é querido”, “preterintencional” quando “é mais grave do que o querido”).

É fácil entender que estas duas ordens de princípios ou critérios, contendo a identificação objetiva do crime e aquela subjetiva do réu, definam respectivamente aquilo que na dogmática penalística são *denominados de elementos constitutivos ou essenciais do crime*: a) o *elemento objetivo* (ou “*fato-crime*”), composto aa) pela ação ou conduta ofensiva do réu, que pode ser *comissiva* ou *omissiva*, e ab) pelo seu *evento* (ou seja, o *dano* ou *perigo* causalmente produzidos pela ação); b) o *elemento subjetivo* (ou *responsabilidade pessoal*), que por sua vez consiste, ba) no *imediatismo* ou *pessoa da ação*, ou seja, a *relação de causalidade* que leva o evento à ação do réu; bb) na *imputabilidade*, ou capacidade do agente de entender e de querer; bc) na *culpabilidade*, a qual pode assumir a forma de *dolo* (ou vontade seja da ação que do seu evento), de *culpa* (ou vontade de apenas agir mas não chegando ao seu evento) ou de *preterintenção* (ou vontade de ação mas não do evento mais grave do que o querido). A falta de um destes elementos – que conjuntamente são ditos “constitutivos” ou “essenciais” para distingui-los daqueles *acidentais* ou *eventuais*

(como as circunstâncias *agravantes* e aquelas *atenuantes*) – exclui a punibilidade. No nosso Código Penal está previsto, de fato, como específica *causa de exclusão da punibilidade* (ou escusas, ou eximentes, ou descriminantes): a) as causas de exclusão do elemento objetivo ou de justificação do fato-crime (o consento de ter um direito, o exercício de um direito, o cumprimento de um dever, a legítima defesa, o uso legítimo e necessário de armas e o estado de necessidade previstos pelos arts. 50 e 54 do Código Penal); b) *as causas de exclusão do elemento subjetivo* ou da responsabilidade e especificamente, ba) *da imputabilidade* (a enfermidade mental, a embriaguez, o uso involuntário de entorpecentes, o surdo-mudismo) e a menoridade pelos arts. 88 a 98 do Código Penal), e bb) *da culpabilidade* (o caso fortuito, a força maior, o constrangimento físico e o erro de fato descritos pelos arts. 45 e 48 do Código Penal).

3. As lesões legais das garantias relativas ao elemento objetivo

Os dois elementos constitutivos acima indicados – objetivo e subjetivo – e os correspondentes princípios garantistas configuram os limites normativos da *relevância* penal no ordenamento italiano e, no seu conjunto, as condições normativas de *validade* ou legitimidade interna do poder de proibição penal. Se do plano da normatividade passamos àquele da efetividade, é fácil constatar como os supramencionados princípios são todos, e em várias medidas, desmentidos: não apenas pela prática judiciária e polícialasca inúmeras vezes ilegais, ou abaixo da legalidade formal mas, antes desta, pela própria legislação ordinária. E estas antinomias são detectáveis seja no nosso Código Penal – profundamente impregnado pela ideologia autoritária do legislador de 1930 – seja nas leis penais especiais tanto do período fascista como da época republicana.

As lesões mais profundas dizem respeito às garantias que definem o elemento objetivo do crime, a começar pelo princípio da legalidade. Refiro-me não tanto ao *princípio de legalidade em sentido lato* ou formal da reserva legal, para o qual é necessário assinalar as lesões produzidas pelo abuso em matéria penal e processual de Decretos-lei no lugar da lei formal.⁸ Pense-se nos procedimentos dos últimos anos, como, por exemplo, no Decreto-lei 99, de 11.04.1974, sobre a prorrogação dos termos máximos de prisão preventiva; no Decreto-lei 151, de 30.04.1977, sobre as extensões das causas de suspensão da prisão preventiva; nos Decretos-lei 59, de 21.03.1978, e 625, de 15.12.1979, contendo normas penais processuais e de polícia contra o terrorismo; no Decreto-lei 629, de 06.09.1982, contendo medidas contra a máfia; no Decreto-lei 685, de 29.11.1985, regulador de medidas de controle sobre os imputados libertados em decorrência dos termos de prisão preventiva. Refiro-me, sobretudo, ao princípio de *estrita legalidade* ou *taxatividade*, e àqueles com estes conexos, os de *retribuição*, *regulação* e de *materialidade*, segundo os quais o tipo penal deve ser previsto expressamente pela lei mediante fórmulas precisas e unívocas, e devem consistir não em qualidades ou condições pessoais do agente, mas em fatos ou comportamentos exteriores empiricamente relevantes e prováveis.

Estes princípios essenciais são desprezados pelo Código Rocco e pelas leis sucessivas de caráter especial mediante duas técnicas legislativas diretas e ambas tendentes a salvar a forma e a dissolver o conteúdo garantista. As duas técnicas operam uma no modo de configurar o elemento objetivo do “crime”, isto é, por meio do esvaziamento do significado empírico ou extensivo das palavras usadas pela norma que o prevêem, e a consequente expansão do poder de disposição do juiz; a outra, no modo de configurar a sanção por

meio da denominação diversa de “pena”, das medidas afliitivas dissociadas da prova – ou, também, da existência de qualquer pressuposto de fato, como são, de um lado, o encarceramento preventivo sem processo e, de outro, as várias medidas de prevenção, de segurança e de polícia sem crime. Desta segunda técnica, talvez mais relevante que a primeira, pelas dimensões patológicas que progressivamente a elas se agregaram, falarei amplamente nos dois próximos parágrafos e no capítulo 11. É necessário, no entanto, desde já relevar que as duas técnicas concorrem igualmente para o rebaixamento do nosso ordenamento penal, de um sistema retributivo de estrita legalidade para um sistema tendentemente preventivo de legalidade em sentido lato; e que produzem, no conjunto, outras violações de quase todas as garantias: a carência, de fato, no nosso ordenamento, de critérios de identificação da desviação punível, dos dois modelos substanciais do tipo “tipo normativo do autor” e da “defesa social”, excluídos por via de princípio do nosso sistema constitucional e característicos, como já visto, dos regimes totalitários. De um modo ou de outro, na base deste cenário, não está, de fato, um comportamento criminoso não provável ou não provado ou, mais ainda, contra ele não processado, mas o sujeito de tipologia marginal, ou infiel, ou suspeito ou perigoso.

A técnica de esvaziamento da estrita legalidade mediante dissolução normativa do elemento objetivo do crime consiste no largo emprego operado pelo Código Rocco, e, depois, pela recente legislação de emergência, de uma língua voluntariamente genérica, vaga e rica de termos equívocos e valorativos, e cujas interpretações e aplicações não podem consistir em verificação de sentido e em denotação empírica em qualquer medida verificável e falsificável, mas em opções e em juízos de valor, sejam verdadeiros ou falsos. Disto resulta um tipo penal de conteúdo indeterminado e elástico, para cuja determinação é necessária a referência a elementos extrajurídicos de natureza substancial (moral, estética, política, sociológica ou antropológica) por meio de juízos discricionários não vinculados por critérios legais, mas que fazem referência inteiramente ao poder de disposição do juiz; juízes não atuam *post factum* como predispõe o art. 1 do Código Penal, e a jurisdição é agora chamada diretamente a integrar constitutivamente as previsões normativas do fato. Pense-se nos crimes de “atentado” (arts. 241, 276, 277, 280, 283, 289, 294, 295, 296, 420, 432, 433 do Código Penal) de “vilipêndio” (arts. 278, 290, 291, 297, 298, 402, 403, 404, 408, 410), de “injúria” (arts. 341, 342, 343, 344, 345, 724) e de associação (arts. 270, 270-bis, 271, 304, 305, 306), descritos com expressões como “atentar”, “vilipendiar”, “ofender a honra ou o prestígio”, promover ou participar de associações destinadas a finalidades do tipo “subversivo” ou “antinacional”, ou “terrorista”, ou “mafioso”. Ou se pense, também, no uso diretamente normativo de palavras ambíguas e polissêmicas, como “concorrer para o crime” (art. 110), “atos hostis” (art. 244), “insurreição armada contra os poderes do Estado” (art. 284), “fato destinado a suscitar a guerra civil” (art. 286), “apologia de um ou mais delitos” (arts. 303, parágrafo 2.º, e 414, parágrafo 3.º), “instigar ao ódio entre as classes sociais” (art. 415), “ofender a moral familiar” (art. 565), “incentivar uma conduta contrária à ordem e à moral das famílias (art. 570), “destreza” e “exposição à fé pública” (art. 625), “manifestações sediciosas” (arts. 654 e 655), “notícias exageradas ou tendenciosas, com objetivo de turbar a ordem pública” (art. 656), atos ou palavras contrárias à moral pública (art. 726), “belezas naturais” (art. 734), “ociosos e vagabundos”, “tendentes a delinquir” e “dedicados ao tráfico ilícito” ou “atividades contrárias à moral pública e ao bom costume” (art. 1 da Lei 1.423, de 27.12.1956), “atos preparatórios” (art. 18 da Lei 152, de 22.05.1975), “finalidade de terrorismo ou de subversão da ordem democrática ou do ordenamento constitucional” (arts. 2 e 9 do Decreto-lei 59,

de 21.03.1978, 8 e 10 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979, 1-6 e 11 da Lei 304, de 29.05.1982), “provas decisivas para a individualização ou a captura dos agentes ou relevantes para a exata reconstrução do fato” (arts. 4 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979, e 3 da Lei 304, de 29.05.1982), “associação do tipo mafioso” (art. 416-bis do Código Penal introduzido pela Lei 646, de 13.09.1982, art. 1). Em qualquer caso é a própria lei que dita uma definição dos termos valorativos empregados, mas com termos que, por sua vez, reclamam valoração: como o art. 529 do Código Penal, que define *obscenos* “os atos e os objetos que segundo o senso comum ofendem ao pudor”, salvo que sejam considerados “obra de arte ou de ciência”; ou o art. 203 do Código Penal, que define como “socialmente perigosa” a pessoa reincidente “quando é provável que cometa novos fatos previstos pela lei como crime”; ou o art. 585, parágrafo 2.º, do Código Penal, que define a noção de “armas para os efeitos da lei penal”, compreendendo “todos os instrumentos aptos a ofender dos quais seja vedado o porte” e, assim, com base no art. 4, parágrafo 2.º, da Lei 110, de 18.04.1975, não são apenas as armas no sentido próprio mas, também, “qualquer instrumento não considerado expressamente como arma branca claramente utilizado em face das circunstâncias de tempo e lugar para a ofensa à pessoa”.

A forma extrema desta dissolução subjetiva do “fato-crime” no juízo potestativo de condenação é, por outro lado, constituída pelos *crimes de suspeita*, isto é, aquelas tipificações penais consistentes não em comportamentos já previstos pela lei como sendo eles mesmos lesivos de bem jurídicos, mas em circunstâncias consideradas idôneas e conjugadas a determinadas condições pessoais, como aquela do reincidente ou recidivo, a suscitar a suspeita (de outros delitos cometidos mas não provados ou de crimes ainda não cometidos): é o caso da “posse injustificada de chaves alteradas ou de gazuas” (art. 707) do Código Penal ou “de valores” (art. 708) ou de “aquisições de coisas de procedência suspeita” (art. 712), “do porte sem motivo justificado de objetos aptos a ofender” (art. 4, parágrafos 2.º e 3.º, da Lei 110, de 18.04.1975) ou, também, de “capuzes ou de quaisquer outros meios aptos a tornar dificultoso o reconhecimento da pessoa” (arts. 5 da Lei 152, de 22.05.1975, e 2 da Lei 533, de 08.08.1977) e, sobretudo, pela detenção ou porte de “quantidades de entorpecentes não módicas” (arts. 71 e 80 da Lei 685, de 22.12.1975). Nestes casos, a pena é dependente do juízo subjetivo do julgador quanto ao caráter “injustificado” ou “suspeito” (sejam os instrumentos provenientes de outros crimes como o furto, a receptação, a lesão e o tráfico de entorpecentes) da coisa possuída ou adquirida ou levada. O “fato-crime” conseqüentemente não é apenas uma conduta objetiva mas uma conduta ou uma circunstância valorada como não justificada ou suspeita; não um fato integralmente predeterminado pela lei com relação ao juízo em todas as suas conotações empíricas, mas sim um fato cujo elemento objetivo tem como elemento integrante uma valoração subjetiva do juiz consistente precisamente no *seu* suspeitar de que a conduta ou circunstâncias indicadas pela lei sejam aptas ou possam vir a ser aptas para a comissão de delitos mais graves não provados. Veremos em outra parte, quando se falar do processo, o esvaziamento de todas as garantias processuais e não apenas daquelas penais produzidas pela introdução da lógica da suspeita na própria estrutura do crime. Aqui interessa relevar a extraordinária expansão desta lógica, assim como as figuras dos crimes ora recordados, nos maxiprocessos de emergência onde corriqueiramente os crimes associativos foram interpretados e de fato utilizados como crimes de suspeito, isto é, como crimes angulares e, por esta razão, tidos como hipótese de trabalho para a imposição da investigação e a captura preventiva dos indiciados e integrados pela simples suspeita da comissão de outros (mais graves e

concretos) crimes, independentemente da efetiva e provada comissão de algum fato.⁹ De resto, não diversamente desses tipos penais aqui recordados, também os crimes de associação são modelados em contraste com o princípio da regulação e com a proibição de normas penais constitutivas, segundo o esquema do tipo de autor (subversivo, terrorista, mafioso, camorrista e similares).

Assinala-se uma última variante no ataque legal à estrita legalidade na configuração do “crime”: surge a previsão de tipos penais em antítese utilizados alternativamente (por exemplo a inclusão entre as agravantes de furto seja da “exposição a fé pública” seja do rompimento ou da “destreza”), ou, ao contrário, do tipo penal concorrente utilizado de forma disjuntiva (por concurso de normas) ou, pior, conjuntamente (por concurso de crimes), dentre os quais há qualificação do mesmo fato (dano e devastação, furto e saque, bando armado e associação subversiva, favorecimento e concurso no crime e similares).¹⁰ É claro que tais técnicas abrem espaços larguíssimos, àquilo que no parágrafo 9.4 chamei de “Poder Judiciário de denotação fatal”, dando ao juiz a escolha totalmente discricionária entre tipos penais apenas nominalmente diversos e entre as penas, por vezes muito diversas, neles previstas.

Enfim, sempre em tema de elemento objetivo, abandonam a garantia de *ofensividade*: as variadas figuras de crimes sejam de dano sejam de perigo concreto; os delitos contra si mesmo, como a embriaguez e na forma já dita do delito de suspeita, ligado a quantidade não módica de porte para o uso pessoal de entorpecentes (para os quais a discussão se volta diretamente para a penalização); os crimes de perigo abstrato ou presumido, como são os emblemáticos delitos de associação e aqueles previamente acordados; e, ainda, os inumeráveis normas contravencionais sem outro objeto senão a genérica “ordem pública”, abertamente não liberais, como o de imprensa clandestina, sobre espetáculos sem licença, e blasfêmia ou marcadamente imorais, como aquele contra a mendicância e o emprego de menores no trabalho e similares. Agregue-se que nos anos anteriores – com a derrogação do princípio da necessidade, segundo o qual o recurso ao direito penal deveria ser a *extrema ratio* às relações as outras formas de responsabilidade (civil, administrativa e política) – a superposição e a indeterminação das figuras criminais favoreceu a já lembrada inflação da justiça penal, sempre mais utilizada como instrumento impróprio de tutela de caráter geral e residual que qualquer interesse juridicamente protegido, ainda que não fundamental.

4. As lesões legais às garantias relativas ao elemento subjetivo

Menos vistosas no nosso ordenamento são as lesões às garantias relativas ao elemento subjetivo do crime, expressas pelo princípio da *responsabilidade pessoal*.

Está seguramente em contraste com o princípio da *imputabilidade* a aplicação de medidas de segurança de detenção não menos aflitivas que a pena (como os manicômios judiciários e os reformatórios judiciários) a sujeitos não imputáveis, pois enfermos mentais, e a menores (arts. 215 e 222-227 do Código Penal). Neles se observa o resíduo do ativo instituto medieval da semiculpabilidade e da semipena, que é constituído pela figura da semi-imputabilidade conexa à semi-enfermidade mental (art. 89), por força da qual o condenado semi-enfermo pode beneficiar-se de um juízo de semi-responsabilidade ou de uma conseguinte diminuição de pena, acompanhada, no entanto, para os delitos mais graves, da internação por tempo indeterminado em uma casa de tratamento e custódia (art. 29). Por fim, a garantia da imputabilidade é violada pela inclusão, entre as causas de pu-

nição a título de dolo assim como de culpa, dos crimes cometidos em estado de embriaguez voluntária (art. 92 do Código Penal) e ainda das previsões de aumento de pena quando a embriaguez é habitual (art. 94).

São, por seu turno, contrárias aos outros dois princípios em tema de responsabilidade pessoal – aquele da *mediação* e aquele da *culpabilidade* – todas as figuras de descrição de um crime a título de “responsabilidade objetiva”, isto é, que prescindem da consciência e da vontade da ação. Esta figura de responsabilidade, expressão de um primitivismo penal, mesmo estando em contraste com o art. 29, parágrafo 1.º, da Constituição, é admitida pelo art. 42 do Código Penal, que, depois de ter previsto as três formas de responsabilidade dolosa, preterintencional e culposa, afirma abertamente no parágrafo 3.º que a lei determinará os casos nos quais o evento é tido de “alguma maneira sob responsabilidade do agente como consequência da sua ação ou omissão”. Destes casos, o mais relevante e odioso, até a introdução da sua modificação pela Lei 127, de 04.03.1958, era aquele da responsabilidade objetiva de um fato na ausência da mediação, previsto pelo art. 57 nos casos de *crimes por meio da imprensa*, para os quais era sempre estabelecida – com base em um tipo de culpa *in vigilando* legalmente presumida a prescindir da relação de causalidade e, ainda mais, da culpabilidade – a responsabilidade do diretor apenas pelo singular fato de ter ocorrido a impressão. Hoje esta mesma responsabilidade é expressamente prevista “a título de culpa” pelo controle omissivo; todavia, sendo materialmente impossível um controle integral do diretor sobre tudo aquilo que é publicado em seu jornal, resta ainda um risco de automatismo da responsabilidade por fato de terceiro.

Responsabilidade objetiva por falta de *culpabilidade* é, por sua vez, aquela “por caso fortuito” prevista para os assim denominados delitos agravados pelo resultado, ou seja, punidos mais gravemente, ainda que à sua comissão siga-se um ulterior evento danoso que é colocado sob a responsabilidade do agente, independentemente da sua vontade ou previsão (art. 424, parágrafo 2.º, art. 427, parágrafo 2.º, art. 429, parágrafo 2.º, art. 432, parágrafo 3.º, art. 593, parágrafo 3.º, do Código Penal), e também nos delitos preterintencionais, nos quais o agente responde pelo evento danoso mais grave do que havia desejado.¹¹ Há outros casos de responsabilidade objetiva sem culpa previstos pelo art. 59 do Código Penal (aplicação das circunstâncias agravantes não conhecidas ou por erro tidas como inexistentes pelo agente) pelos arts. 116 e 117 do Código Penal (a responsabilidade do co-autor pelo crime cometido, ainda que diverso daquele que havia desejado); pelo art. 539 do Código Penal (a não escusa do erro quanto à idade inferior a 14 anos da vítima nos crimes de violência sexual presumida); pelo art. 82 do Código Penal (o *aberratio ictus*, que ofende uma pessoa diversa daquela inicialmente desejada e pelo qual a pena é estabelecida pelo delito mais grave aumentada até a metade).¹² Ao final, recorde-se a transformação de fatos em hipóteses de responsabilidade objetiva sem a mediação, o quanto menos sem a culpabilidade, advinda da figura do concurso de crimes na aplicação operada pela recente jurisdição de emergência, na qual é freqüentemente reconhecida a responsabilidade do imputado de crimes associativos pelos delitos cometidos por terceiros apenas porque pertencente à mesma associação.

5. Para uma nova codificação, não encarceramento pelos delitos e pela despenalização das contravenções

Um dos fatores da crise até aqui ilustrada do direito penal italiano com relação às suas fontes de legitimação interna e externa foi, sem dúvida, o seu desenvolvimento hiper-

tráfico provocado por uma legislação aluvial que alargou desmesuradamente a esfera de proibições penais, invadindo setores de natureza mais propriamente administrativa.

Originariamente, a forma penal dos ilícitos de direito público e das ações a ele relativas foi uma conquista garantista afirmada contra o poder policialesco do *Ancien Régime*, unida ao princípio de legalidade e da divisão dos poderes e ao monopólio jurisdicional das intervenções punitivas do Estado. Esta origem, todavia, se pode contribuir para explicar a dificuldade e as incertezas teóricas por que se vêm tornando nuclear no direito público moderno as figuras do ilícito administrativo e das sanções administrativas,¹³ – não está mais em condições de justificar a forma penal de todas aquelas intervenções punitivas que não incidem sobre bens ou direitos fundamentais, e que consistem em simples sanções pecuniárias. Ao contrário, o desenvolvimento inflacional do direito penal no campo administrativo termina por ofuscar os limites e por resolver-se em um excesso injustificado de penalização. O fenômeno – iniciado na segunda metade do século XVIII, desenvolvendo-se durante o fascismo e assumindo dimensões absolutamente patológicas nos últimos 20 anos – é um reflexo da crescente extensão da intervenção normativa do Estado na vida civil, e das conseqüentes passagens para o interesse público de setores sempre mais amplos e numerosos de atividades e de interesses econômicos e sociais. Seu aspecto patológico, por outro lado, não está seguramente no crescimento das dimensões da intervenção pública, mas, precisamente, na forma penal assumida pelo seu sistema sancionador por causa da já relevada ineficiência das técnicas de controle político e administrativo.

As conseqüências desta elephantíase da jurisdição penal são múltiplas e perversas. Antes de tudo, o já realçado excesso de penalização que a lei – de um maior garantismo de fachada – comporta de fato em relação a sanções administrativas, com um custo incomparavelmente maior para os réus, por causa dos efeitos estigmatizantes que têm o processo penal e a imposição das penas na constelação judiciária. Em segundo lugar, a transformação pontual^{NT3} da legislação penal e, desta forma, a sua tendência a ser *descodificada* com conseqüente incremento de incerteza, de antinomias, de concurso de normas e de crimes. Em uma expressão: da irracionalidade do conjunto. Por tal razão os juristas têm dificuldade extrema de orientar-se na selva de leis especiais surgidas *extra codicem*, e apaziguar os inúmeros problemas de definição, coordenação e diferenciação entre os tipos penais de conteúdo análogo, e o que é pior, formulados não raras vezes de maneira vaga e obscura. Em terceiro lugar, e conseqüentemente, a inflação penal cresceu, por um lado, o poder de disposição dos juízes, que sempre se alimenta de incerteza e da confusão das leis e, por outro, o caráter ilusório da presunção de conhecimento da lei penal, orientando o sistema na direção da forma de responsabilidade substancialmente objetiva ante a impossível consciência do desvalor penal de todos os inúmeros fatos inopinadamente penalizados.¹⁴ Em quarto lugar, esta situação assinala, e ao mesmo tempo favorece, um crescente atrofiamiento – da parte do legislador e, secundariamente, dos cidadãos – dos critérios de justificação das proibições penais, cada vez menos ancoradas na tutela de bens e de direitos fundamentais ou constitucionalmente relevantes; este atrofiamiento não poderá produzir a longo prazo senão uma perda de credibilidade e de eficácia do sistema inteiro. Por fim, a hipertrofia penal é um fator evidente de ineficiência, sobrecarregando a máquina judiciária com delitos pequenos e múltiplos, alongando a duração dos processos no tempo e desatrelando-a dos casos mais importantes.

Esta tendência inflacionária do sistema penal na direção de um direito penal máximo foi em parte contrastada, de alguns anos para cá, com normas de *despenalização*, isto é, do

penal para o administrativo, de inúmeros ilícitos anteriormente punidos com a pena pecuniária. As primeiras medidas nesta direção foram a Lei 317, de 03.05.1967, que despenalizou as contravenções de trânsito punidas apenas com multa, a Lei 950, de 09.10.1967, que despenalizou as transgressões das normas de polícia florestal; e a Lei 706, de 24.12.1975, que despenalizou todas as contravenções punidas somente com sanções financeiras. A intervenção reformadora mais orgânica e importante veio, no entanto, de acordo com uma análoga Lei alemã de 24.05.1968, com a Lei 689, de 24.11.1981, que, de um lado, estendeu a despenalização, ainda que com numerosas exceções (art. 34), a todos os crimes – inclusive os delitos – punidos apenas com a pena pecuniária (art. 32); e do outro, introduziu uma disciplina geral diversa para os delitos despenalizados de todos os ilícitos administrativos (com exclusão daqueles disciplinários), estendendo a estes algumas garantias penais (legalidade, culpabilidade e causa de justificação) e tornando impugnáveis as sanções perante o juiz ordinário.¹⁵

Tais provimentos são ainda essencialmente tímidos e inadequados. Um redimensionamento racional do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão. Isto não é naturalmente um critério de diferenciação teórica entre ilícitos penais e ilícitos que mereçam a despenalização. Todavia, o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo à discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal.

No plano teórico, como se disse no parágrafo 33.6, uma similar despenalização produziria uma radical simplificação do sistema penal. Em primeiro lugar, haveria uma simplificação da noção legal de crime, que viria a coincidir com aquela de delito, e apresentaria os requisitos subjetivos e objetivos hoje apenas próprios dos delitos. Em segundo lugar, haveria uma simplificação da figura da pena, a qual aboliria a pena pecuniária, que no parágrafo 31.4, teve demonstrada a sua não justificação, e viria a coincidir apenas com a restrição da liberdade pessoal em formas diversas e seria também substancialmente diferenciada dos outros tipos de sanções civis e administrativas de conteúdo exclusivamente patrimonial. No plano prático, de outra parte, encontrar-se-ia um primeiro e elementar efeito de *desencarceramento*, dado que seria suprimida toda forma de pena de detenção hoje irrogável em alternativa àquela pecuniária de multa. Resultaria de outra forma abolida aquela ilegítima e desmesurada forma de discricionariedade do magistrado que se exprime não somente na ~~gratificação~~ da quantidade da pena, como também na escolha entre penas de qualidade incomparavelmente diversas, como são as restrições de liberdade pessoal e o pagamento de uma soma em dinheiro. Restaria suprimido o ambíguo instituto da *oblação* voluntária na medida de um terço (art. 162 do Código Penal) ou da metade (art. 162-bis) do máximo da pena de multa prevista, tanto mais discriminatório na configuração dada pela Lei 689, de 1981, no seu art. 126, que, se por um lado pune a mesma contravenção com a pena alternativa de prisão ou de multa, por outro dá ao juiz, em contraste com os princípios constitucionais de igualdade e de legalidade das penas, o poder discricionário de acordá-las. Seriam, enfim, com a racionalidade do sistema, incrementados o conhecimento do direito penal e a exigibilidade da sua observância e a sua vocação como instrumento de tutela dos bens fundamentais.

Obviamente uma *nova codificação* do direito penal reclama hoje, segundo as linhas elucidadas nos parágrafos 33.4 e 33.6, uma revisão da classificação da hierarquia dos bens que merecem a tutela penal em relação aos demais, e mais amplas medidas de despenalização e de desencarceramento; *despenalização* dos delitos leves que não ofendam os direitos fundamentais da pessoa, a começar por todos aqueles que são abstratamente punidos com base nos arts. 53-85 da Lei 689, de 1981, o acordo e a possibilidade conexa discricionária de irrogar sanções substitutivas (detenção domiciliar ou liberdade controlada ou pena pecuniária) em lugar das penas de detenção de até 6 meses;¹⁶ *desencarceramento* em vista de uma progressiva superação das penas de detenção por meio das quais existe a redução ou a substituição em nível legal (não judiciário muito menos executivo), com penas (e não medidas) alternativas do tipo hoje experimentado em sede de execução.

O pressuposto e ao mesmo tempo o escopo de uma reforma desta natureza é a reabilitação do nexó teórico e funcional – basilar em todo sistema garantista e postulado dos princípios de legalidade, retribuição, necessidade e submissão à jurisdição entre a pena, o crime e o processo: a primeira como *ultima ratio*, justificada unicamente pela necessidade de proteger os bens fundamentais ameaçados pelo segundo e, o terceiro como técnica laboriosa e solene de verificação justificada apenas para cominar penas que incidem sobre a liberdade dos cidadãos. Este nexó paradoxalmente foi ainda mais debilitado e complicado pelas inúmeras exceções em tema de despenalização, e pelos imensos poderes discricionários em tema de oblação de sanções substitutivas e de acordos introduzidos pela Lei de 1981 e depois pelo novo Código de Processo. Restaurá-lo limpidamente não significa apenas restaurar a racionalidade e certeza do sistema penal mas sim instituir as condições mínimas de um direito penal mínimo. A justiça penal e o cidadão não podem ser incomodados por ilícitos de parca relevância para os quais o legislador concebeu sanções apenas pecuniárias ou se demonstrou disposto a acordar a total satisfação da sanção de detenção. E, se é verdade, como se disse no parágrafo 32.1, que para punir um comportamento como crime não é suficiente, mas é, sem dúvida, necessária a sua reprovação moral, uma tal reprovação não pode ser resolvida seja com resultados de transação seja de maneira monetária.

Parece, de outra parte, uma hipocrisia institucional a preocupação muitas vezes esboçada no sentido de que a despenalização possa transformar-se em uma redução das garantias do cidadão: como se este pudesse preferir – em nome das garantias da pena mas também dos custos que acompanham o processo – os efeitos estigmatizantes de uma pena, seja puramente pecuniária, a uma sanção administrativa igualmente pecuniária. E a hipocrisia é tanto mais evidente se consideramos que graças a uma “troca de etiquetas” de sinal invertido, do qual falarei no próximo capítulo, o nosso sistema chama “medidas” e subtrai a qualquer garantia penal uma enorme quantidade de sanções administrativas ou policiais restritivas das liberdades fundamentais (como medidas de segurança, de prevenção, cautelares, de polícia, de ordem pública e similares).

44. A PENA. PRINCÍPIOS NORMATIVOS E DELINEAMENTOS EFETIVOS

1. A noção legal de pena no direito italiano. As garantias de retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição

A pena é, no ordenamento italiano, a sanção de um crime preestabelecido pela lei no tipo e nos limites máximos, e estabelecida por um juiz na forma e com a garantia do

processo penal. Esta definição formal e legal inclui três princípios fundamentais garantistas constitucionalizados e codificados pelos arts. 25, 27, 101 e 102 da Constituição e 1, 17-37 do Código Penal.

O primeiro destes princípios é aquele já examinado no parágrafo precedente, da *retribuição da pena*, em virtude do qual ela é uma consequência jurídica de um crime, e um crime é um pressuposto ou a condição necessária de uma pena. Graças a este princípio, expresso pelos arts. 1, 1.^a parte, do Código Penal e 25, parágrafo 2.^o, da Constituição, entre pena e crime, existe um nexo normativo biunívoco, cuja estrutura lógica repousa não apenas na relação geral de causalidade jurídica formalizada por Kelsen com a nítida implicação “se A, então deve ser B” mas, também, na relação inversa e, como vimos no parágrafo 27.1, muito mais importante “se não A, então não deve ser B”, onde A é o ilícito (ou violação) *antecedente*, e B é a sanção (ou reação) *consequente*. A pena com base nesta segunda formula *nula poena sine crimine* não é então um *prius* mas um *posterius* com relação ao crime concreto; não tem um caráter preventivo, mas retributivo, não é *extra* ou *ante delictum*, mas *propter* ou *post delictum*. Disto decorre que a noção legal de pena, implicando a noção legal de crime, implica também todas as garantias penais que, por sua vez, são condições constitutivas: seja o princípio de legalidade e de materialidade dos pressupostos da pena que identificam o elemento objetivo do crime, seja o princípio de responsabilidade pessoal e portanto de personalização da pena que identifica o elemento subjetivo.

O segundo princípio, logicamente conexo ao primeiro, é aquele de estrita legalidade das penas (*nula poena sine lege*) ditado pelo art. 1, 2.^a parte, do Código Penal (ninguém poder ser punido com pena que não esteja estabelecida pela lei) e implicitamente pelo já recordado art. 25, parágrafo 2.^o, da Constituição. Ao lado da estrita legalidade dos crimes e da estrita legalidade das penas três significados surgem: a) aquele da reserva de lei, com base no qual apenas a lei formal encontra-se habilitada a introduzir ou a modificar penas; b) aquele da *tipicidade* ou *taxatividade das penas*, em virtude do qual as penas são todas e apenas aquelas cuja qualidade e quantidade estão previstas pela lei; c) aquele da *predeterminação legal das penas*, por força do qual as penas podem ser infringidas apenas nas hipóteses (isto é, na presença dos crimes) e nas medidas (de um mínimo a um máximo) preestabelecidas por lei. E dela também derivam relativamente às penas os três corolários já enunciados em tema de crime: a) a *irretroatividade da lei penal desfavorável ao réu*; b) a *retroatividade e ultra-atividade da lei penal favorável ao réu*; c) a *proibição da analogia in malam partem*. Neste sentido, e com estas implicações, o princípio exprime o moderno monopólio estatal da violência punitiva e, ao mesmo tempo, a sua rígida delimitação legal, e confere à pena caráter moderno, ilustrado já no parágrafo 29.3, de sanção abstrata, certa e igual, mensurável legal e judicialmente. Abolida depois da queda do fascismo, a pena de morte em tempo de paz (arts. 1, do Decreto-lei 224, de 10.08.1944, e 1 do Decreto-lei 21, de 22.01.1948, e 27, parágrafo 4.^o, da Constituição), a tipologia das penas admitidas pelo nosso Código Penal, e por ele definidas quanto à sua natureza e medida (arts. 17 e 37 do Código Penal), inclui verdadeiramente duas classes de penas consistentes ambas em *privações* de bens quantificáveis e, portanto, passíveis de cálculo e de gradações proporcionais à gravidade dos crimes: a) as *penas principais* (arts. 22 a 27), divididas em: aa) *penas de detenção* ou privativas de um tempo de liberdade (perenes como a *prisão perpétua* ou temporárias como a *reclusão* para os crimes e a *prisão* para as contravenções) ab) e *penas pecuniá-*

rias ou privativas de uma soma de dinheiro (*multa* para os crimes, e *multa* leve para as contravenções); b) as *penas acessórias* (arts. 28 a 37) ou privativas da capacidade de arguir do condenado, previstas também como permanentes ou como temporárias (a interdição para os ofícios públicos, interdição ou suspensão de uma profissão ou arte, interdição legal, interdição ou suspensão de cargos diretivos de pessoas jurídicas ou empresas, a incapacidade de contratar com a administração pública a perda ou suspensão do pátrio poder e a publicação da sentença penal de condenação).

O terceiro princípio, complementar àquele da legalidade e, ao lado dele, uma expressão do monopólio estatal da força, é o da *estrita submissão das penas à jurisdição*, pelo qual se exige que a pena seja aplicada e concretamente determinada pelo juiz quanto à sua natureza e medida, nas formas e com as garantias próprias do juízo penal (*nulla poena sine iudicio*). Este princípio, sancionado pelos arts. 25, 27, 101 e 102 da Constituição, encontra em seu interior todas as garantias processuais que examinarei no próximo parágrafo: a posição do juiz como terceiro e a sua separação do órgão da acusação, a presunção de inocência do imputado até que sobrevenha a sentença definitiva de condenação, o ônus da prova a cargo da acusação, a legalidade e a publicidade dos processos de formação das provas e de verificação da responsabilidade penal, o contraditório e o direito do imputado à defesa em qualquer estado e em qualquer grau de jurisdição. É desta forma evidente – com base em tudo aquilo já dito no capítulo 3 – que se a verificação do crime é, ao menos em via de princípio, uma atividade cognitiva, ou na qual o juiz exercita um poder de *verificação* apenas de forma anômala, degenera em poder de *disposição* a determinação em concreto da medida da pena entre os limites fixados pela lei. Será sempre resultado de um juízo equitativo que consiste na compreensão da “gravidade do crime” em relação às suas características específicas (art. 133 do Código Penal) e comporta, por esta razão, um poder inevitavelmente “discrecionário” (art. 132) de conotação ou valoração ou discernimento do fato singular denotado pela lei como punível.

2. Medidas *extra delictum* e *extra iudicium* restritivas da liberdade. Os tratamentos diferenciados na reforma penitenciária

Não diversamente dos princípios garantistas em tema de crime, também as três garantias em tema de pena configuram o modelo normativo de intervenção penal em grande parte apenas ideal porque contraditado pela lei ordinária e, antes desta, pela praxe judiciária e administrativa.

Recorde-se, antes de tudo, a deformação do sistema penal do tipo clássico liberal produzida pelo desenvolvimento, nos fins do século passado até os nossos dias, de “dúplos” ou “triplos binários” punitivos que justificam uma longa série de sanções *extra delictum* ou *extra iudicium* denominadas “medidas” (cautelares, de segurança, de prevenção e similares) mas sempre restritivas da liberdade pessoal e que trazem consigo a elisão de todas as garantias reservadas às *penas*. Graças a esta diferenciação do sistema que ilustrarei no próximo capítulo, cresce ao lado do *direito penal e processual ordinário*, grosso modo denominado retributivo, e vinculado ao menos constitucionalmente aos princípios garantistas, um *direito penal e processual* especial de tipo meramente preventivo e desvinculado daqueles princípios que oferecem um livre ingresso aos modelos substanciais e autoritários de defesa social.

A crise das garantias não se manifesta, todavia, apenas na concorrência oposta às penas pelas várias medidas policiaescas de controle social. Ela também é verificada na

própria *forma* da pena, que se ressentia, sobretudo depois da legislação penitenciária dos anos setenta e oitenta, dos requisitos de retribuição de legalidade e de submissão à jurisdição, e, por isso, dos caracteres constitucionais de igualdade e de certeza. Obviamente a reforma de 1975 representou um indiscutível progresso em relação ao brutal regime carcerário fascista, cujo regulamento de 18.06.1931 encontra-se entre os documentos mais abjetos da nossa história institucional.

Informado por uma concepção primitiva da pena como vingança e castigo, o velho cárcere se regia de fato sobre dois princípios: a rígida disciplina de *todos* os comportamentos vetados que não fossem obrigatórios ou expressamente autorizados, e a máxima aflição e mortificação da personalidade dos detentos.¹⁷ Todavia, a superação dos aspectos mais inutilmente vexatórios do regime passado é retomada como base de uma estratégia reformadora em direção a sua substituição com técnicas de rotulação e de tratamento penal diferenciado, segundo o tipo subjetivo “do autor” ou “do imputado” ou “do detido”, ao substancial abandono do paradigma geral preventivo e à primazia atribuída aos escopos especiais preventivos da reeducação e da segurança.

A mutação desenvolveu-se à sombra da ideologia correcional prevista pelo art. 27, parágrafo 3.º, da Constituição (as penas devem tender à reeducação do condenado) e compartilhada por todos os componentes políticos e culturais que contribuíram para a formação do texto constitucional e para o sucessivo reformismo penitenciário: ideologia católica, portadora do conceito de pena como emenda do réu; aquela liberal conservadora, que inspira a função terapêutica integracionista da pena; aquela comunista, igualmente informada, nas suas variantes leninistas e gramscianas, aos projetos penais do tipo pedagógico e ressocializante. Apoiada por uma similar convergência de culturas, a reforma do cárcere foi realizada com o preço da sua transformação em sanção desigual, atípica e incerta, e pelo conseqüente esvaziamento de todas as três garantias da pena. Esta transformação foi enunciada expressamente pela Lei 354, de 26.07.1975, a qual caracterizou a pena de detenção como “privação” da liberdade pessoal, assim como “tratamento reeducativo” (art. 1), cuja prática se apóia na base de “programas” elaborados com referência à “personalidade de qualquer sujeito”, às suas “carências fisiopsíquicas” e às “outras causas de sua desadaptação social” (art. 13). De tal modo, a pena de detenção não é mais retribuição “igual”, mas *tratamento diferenciado* ou *individualizado* com finalidade de reinserção do condenado no modelo ético-político de normalidade social; não é mais uma sanção típica de conteúdo taxativamente predeterminado pela lei, mas uma medida de conteúdo variável e indeterminado, e a sua natureza e medida não são mais ancoradas em pressupostos de fato, que, por sua vez, são predeterminados legalmente e judicialmente impostos, mas são dispostos discricionariamente – pouco importa se pela autoridade carcerária ou pela magistratura de vigilância – sob o título de “observação científica da personalidade” do condenado (art. 13).

De outro lado, com a individualização do tratamento, a reforma da pena em prática pedagógica e em sujeição disciplinária foi imposta também com o auxílio de um complexo mecanismo persuasivo composto por punições e benefícios. Permanecem privadas das garantias e vinculadas ao arbítrio as três formas tradicionais de controle sobre a vida dos detentos: as *sanções disciplinares* (arts. 38-39); as *transferências* de um cárcere para outro (art. 42) e o *emprego de força física e dos meios de coerção* (art. 41) inclusive o velho leito de contenção (previsto pelo art. 77 do Regulamento de 29.04.1976). Mas a eles se soma um articulado, ora suave, ora severo, sistema de prêmios, ampliado mais tarde pela

Lei Gozzini, de 1986, que confere ao tratamento modalidades inevitavelmente potestativas por causa do caráter absolutamente indeterminado de seus pressupostos. Antes de tudo, as *recompensas*, que “constituem o reconhecimento do sentido de colaboração e de responsabilidade demonstrado na conduta pessoal e nas atividades organizadas nas instituições” (art. 37). Em segundo lugar, a *liberação antecipada* pela remissão de uma parte da pena para o condenado “que tenha dado provas de participar nas tarefas de reeducação” (art. 54). Em terceiro lugar, e, sobretudo, as numerosas *medidas alternativas à detenção*, que antes de serem introduzidas como penas legalmente previstas no Código Penal estão previstas como instrumentos de tratamento e, portanto, são aplicadas à margem das essências garantistas jurisdicionais com critérios não taxativos senão discricionários: a *realização de serviços sociais com fiscalização*, que é adotada apenas para as penas leves, “tendo como base os resultados da observação da personalidade” (art. 47); a semiliberdade (parte do dia fora do recinto carcerário) fixada depois do cumprimento de pelo menos metade da pena “em relação aos progressos alcançados e ao curso do tratamento” (art. 50), e “revogada quando o sujeito não se revela idôneo para o tratamento” (art. 51), e finalmente a *remissão da dívida* pelas custas do processo e manutenção no cárcere reservadas àqueles que se distinguiram por sua regular conduta” (art. 56). E tudo isso sem contar a *liberdade condicional*, já prevista no art. 176 do Código Penal, para os condenados que tiverem cumprido ao menos 30 meses e a metade da pena se o que resta por cumprir não supera 5 anos, e se mantiveram “um comportamento tal que faça pensar que o arrependimento é certo”.

Deste modo, o recluso, sujeito passivo da repressão, se converteu em sujeito ativo da auto-repressão, pois a ele se pede que colabore com a violência que se projeta sobre ele, e que se faça merecedor de prêmios e benefícios, dando provas quotidianamente de seu progressivo arrependimento. Se o velho regime carcerário fascista correspondia a um modelo violento e puramente vexatório que se projetava sobre os corpos mais do que sobre as mentes, o novo regime reformado é indubitavelmente mais humano e menos aflitivo, mas não é menos antiliberal e totalitário. À coerção moral tende a substituir a coerção física; o condicionamento persuasivo da consciência, a dureza das condições de vida; a observação e a submissão das almas, a vigilância disciplinária dos corpos. O que não evita, também, que no novo cárcere persistam formas de vexação, ainda que diferenciadas e especializadas, nem que por outro lado o *cárcere disciplinado* prefigure normativamente conviva em muitos casos com o *cárcere selvagem*, dominado por máfias internas e caracterizado pela máxima insegurança da vida e dos demais direitos dos reclusos.¹⁸

3. A pena incerta e desigual. Os cárceres especiais e o labirinto premiador

Na década sucessiva à reforma de 1975, o processo de diferenciação da pena de detenção fora dos esquemas de retribuição, da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, se desenvolveu segundo duas linhas diversas, mas convergentes, que correspondem a duas fases da política carcerária italiana: primeiro, nos anos de emergência terrorística, o esvaziamento dos conteúdos liberais e humanitários da reforma em favor de formas punitivas de diferenciação quanto aos detentos considerados perigosos; sucessivamente, o retorno ao espírito da reforma de 1975 e a acentuação dos seus caracteres paternalistas e premiais.

Inscreve-se na primeira linha de tendências o reiterado recurso por parte do Ministro da Graça e Justiça, no dia seguinte à reforma, aos poderes que lhe foram confiados em via excepcional, pelo velho art. 90 da Lei de Ordenamento Penitenciário, de suspender “em

um ou mais estabelecimentos” a aplicação das suas normas mais progressivas e liberais. As formas mais arbitrárias e discriminatórias de diferenciação foram acrescidas com a introdução, a partir de 1977 – simultaneamente à militarização da vigilância externa dos estabelecimentos carcerários – de uma espécie de pena dentro da pena, que são os *cárce-res especiais*, e recorrendo à *classificação* (e desclassificação) como “perigosos” dos encarcerados que a ela são submetidos. Os cárceres nestas condições representaram um buraco negro no sistema de legalidade: lesivos à reserva absoluta da lei, tendo nascido de fato sem qualquer lei (e mesmo um regulamento) que formalmente os contemplasse;¹⁹ subtraídos aos princípios de estrita legalidade e taxatividade e do conjunto de retribuição e de jurisdicionalização das penas, não sendo a imposição de um preso a um cárcere especial preestabelecida pela lei e, por conseguinte, por um delito ou outros pressupostos de fato, tampouco deliberadas por um juiz em sede de condenação ou de execução, mas decididas arbitrariamente pela autoridade carcerária; contrários, pelo regime especial ali praticado (proibição dos contatos com o mundo externo, afastamento da residência das famílias, isolamento agravado, além das mais graves sanções disciplinares, restrições e medidas de segurança atípicas e muitas vezes inutilmente vexatórias), à Lei de reforma de 1975, em particular aos seus arts. 15, 18, 28, 29, 38, 39, 40 e 42.

Em suma, foi instaurado com a difusão dos cárceres especiais, um duplo regime de detenção penal: a pena ordinária do cárcere comum e a pena duplamente segregativa do cárcere especial. Este duplo regime foi consagrado juridicamente pela Lei 663, de 10.10.1986, que substituiu o art. 90 da Reforma de 1975 com o art. 41-bis, de conteúdo quase idêntico e legalizado pela prática de desclassificação, introduzindo com os arts. 14-bis, 14-ter e 14-quater o denominado *regime de vigilância particular*, isto é, um tratamento particularmente restritivo ao qual os presos podiam ser submetidos em razão de um pressuposto não bem definido de que “com o seu comportamento comprometam a segurança ou turbem a ordem dos institutos”, ou “impeçam com violência ou ameaça a atividade dos outros”, ou “se prevaleçam da situação de subordinação dos demais frente a eles”. Situações que justificariam simplesmente uma acentuação da vigilância interna e externa dos estabelecimentos carcerários terminaram, assim, por impor discriminações subjetivas e algumas vezes punitivas no tratamento de presos isoladamente considerados.

A segunda linha de tendência no processo de diferenciação da pena carcerária foi expressa através da mesma Lei Gozzini 663, de 1986, a qual acentuou as diferenças de regime penal introduzidas pela Reforma de 1975, não apenas legalizando o instituto da vigilância particular (art. 3) mas, sobretudo, estendendo ulteriormente os benefícios e as medidas alternativas acima elencadas, bem como o caráter potestativo dos seus pressupostos.²⁰ Bastaria recordar: os *prêmios-permissão*, que podem ser concedidos por 15 dias e não mais de 45 ao ano, para os “condenados que tiveram uma conduta regular da qual não resulta particular periculosidade social” (art. 9): a *detenção domiciliar*, que pode substituir as penas não superiores a 2 anos quando estejam presentes “exigências de saúde, de estudo, de trabalho e de família” (art. 13); o aumento de 20 para 45 dias por semestre, até um quarto da pena, da redução desta, para *liberação antecipada* àqueles que colaboraram com a reeducação (art. 30); elevação de 2 a 3 anos do limite a partir do qual as penas são substituíveis tendo como base “personalidade” do encarcerado com um *período de prova* no serviço social (art. 11).

A forma clássica da pena restou, pois, totalmente dissolvida: a pena ordinária, depois desta lei, não tem nada de igualitária, nem de taxativa, nem de legalmente predetermi-

nada, não sendo mais “tipos de penas” mas tantas penas quantos são os encarcerados; entre a dupla pena do cárcere, “o regime” especial responde sempre menos à função de segurança e sempre mais à finalidade de governo dos encarcerados ou, pior, de coerção dos seus direitos de defesa. Na verdade compreende-se – se se considerar o sistema penal premiadador como um todo, composto de medidas alternativas à pena e alternativas ao processo que são ofertadas àqueles que confessam e aos arrependidos – como uma perspectiva de liberdade em alternativa àquela de encarceramento preventivo e especial que recaia sobre todos os detentos, em especial àqueles que aguardam o julgamento, como um potente fator de intimidação e disciplina e, também, na fase de julgamento, de neutralização da sua vontade de defesa.

Naturalmente não se desconhece a redução das conseqüentes aflições penais que advêm dos vários benefícios até agora elencados, ao menos na medida em que elas não venham compensadas por uma maior severidade de sentenças condenatórias com previsão da sua atenuação em sede executiva: a prisão perpétua, em particular, graças à modificação do art. 176 do Código Penal e do art. 50 da Reforma penitenciária, pode ser comutada na liberação condicional depois de 26 anos, e no regime de semi-liberdade depois de 20 anos de reclusão, cada um ulteriormente redutível a 19 anos e meio e a 15 anos por força da redução de até um quarto prevista pela extensão da liberação antecipada; e, analogamente, graças às mesmas normas, a reclusão em sentido estrito foi virtualmente diminuída pela metade. Seja a reforma de 1975 seja a Lei de 1986 exprimem, todavia, a negação do nosso legislador – por temor a reformas, ou por sua vocação convencionalista incontrolável – de salvaguardar a certeza penal intervindo sobre as penas editadas: eliminando abertamente a prisão perpétua; reduzindo os limites máximos da reclusão a 15 e 12 anos, que correspondem de fato às expectativas realistas dos condenados; transformando em penas diretamente cominadas pelo juiz, tendo como base sua valoração e conotação dos fatos julgados, as várias medidas alternativas condicionadas à prova, de detenção domiciliar e de semiliberdade; conferindo, enfim, o valor de direitos a todas as variáveis concessões, das permissões à admissão de trabalhos externos, hoje autorizadas discricionariamente. Ao contrário, preferiu-se investir os órgãos de execução de um poder penal verdadeiramente dispositivo e assim duplicar a jurisdição, colocando ao lado da magistratura judicante do processo de conhecimento uma magistratura de execução. Mas as palavras e expressões “magistrado”, “tribunal de vigilância”, “juiz da execução” e similares não bastam para esconder a diferença entre duas coisas: a execução, de fato, não tem absolutamente nada a ver com a jurisdição penal, dado que o “juiz” que concede benefícios não aprecia fatos, verificáveis e sujeitos a refutação, mas valoriza pessoas; e o quanto do seu juízo referente aos pressupostos foi determinado legalmente (boa e regular conduta, progressos no tratamento ou na reeducação e similares), isto será sempre uma caixa vazia, objeto não de asserções ou de provas, mas de juízos potestativos de um homem sobre outro homem, destinado em contraste com a natureza da jurisdição a terminar no arbítrio. Disto decorre não apenas uma dubiedade do direito penal, expressa pelo desencontro entre condenação e pena e pela conotação em sentido exemplar da primeira e em senso disciplinar da segunda, mas, em geral, uma distorção do sistema punitivo como um todo, cujo baricentro foi colocado fora das premissas cardeais representadas pelo trinômio delito-pena-juízo.

Voltarei mais adiante a falar a respeito deste fenômeno, no qual se pode resumir a crise hodierna de legalidade penal e que de resto já assinalai para os outros países euro-

peus e para os Estados Unidos no parágrafo 30.4. Aqui bastará relevar como o tempo da pena concretamente imposta, atenuando-se progressivamente o seu nexos com o delito, acaba por integrá-la predominantemente à prisão preventiva ou às medidas alternativas; e que o poder punitivo se deslocou da fase do juízo – reduzido a um momento intermediário de ratificação espetacular e exemplar dos resultados da instrução – à fase instrutória ou preliminar, na qual se decide sobre a liberdade ou a custódia cautelar do acusado, assim como se pode pactuar a pena ou o procedimento, e à fase executiva, na qual se decide a duração e até mesmo a natureza da pena.

Finalmente, acentuaram-se os traços clássicos da instituição penitenciária. Os critérios que decidem sobre os benefícios, na falta de parâmetros de fato, estão, como se viu, insuflados por um substancialismo mais puro: não “o que se fez” mas “o que se é”. A teor das primeiras experiências de aplicação da lei, terminou-se por impor como critérios predominantes da decisão mais do que a conduta na prisão as perspectivas laborais ou de reinserção na vida civil, que obviamente são maiores para os internos de uma condição econômica e social mais elevada. Produziu-se, em suma, uma diferença de tratamento baseada diretamente nas figuras e no rol social dos detentos: seus trabalhos ou profissões, seus contatos externos, suas relações sociais e, em geral, o grau de interesse que advém da solicitação da sua presença no seu ambiente de procedência; sem contar que apenas a assistência de um defensor pode permitir o recurso aos complicados mecanismos e procedimentos arquitetados pela lei. Disto decorre uma tipologia dos beneficiados e dos discriminados que reflete a sua extração social e amplifica as conotações de classe pela desigualdade penal: dos benefícios são tendentemente excluídos – pela impossibilidade de obter um trabalho e uma reinserção plausível, e ainda mais por orientarem-se por um labirinto premiador – os estrangeiros, os apátridas, os ciganos, quaisquer outros detidos desocupados e socialmente mais débeis, além dos indigentes.

4. Penas segundo os tipos de preso, de autor e de acusado. As sanções substitutivas e os acordos

As desigualdades ora ilustradas, sendo conseqüências diretas das diferenciações extraleais e extrajudiciais das modalidades de execução penal segundo o tipo de preso, refletem diretamente a crise do *princípio de estrita legalidade penal*, no duplo sentido da taxatividade e da prefiguração legal dos seus conteúdos. Mas, ao lado disso, devem ser registradas outras lesões ao princípio da igualdade e de outras garantias da pena que intervem no momento da sua predeterminação legal (por tipo de autor) e da sua determinação judicial (por tipo de imputado).

Antes de tudo, o nexos estabelecido entre pena e crime, que forma a substância do princípio da *retributividade das penas*, é quebrado pelos tipos penais elásticos e por aqueles de suspeitos examinados nos parágrafos 43.3, pelos aumentos de pena conexos pela lei não como circunstância do crime, mas como condição pessoal do réu: como a sua condição de reincidente, ou de delinqüente habitual ou profissional ou por tendência (arts. 99-109 do Código Penal) ou a sua precedente submissão a medidas de prevenção (arts. 6 e 7 da Lei 575, de 31.05.1965, e 18 da Lei 646, de 13.09.1982). Estas condições pessoais formam, por outro lado, o pressuposto de outras discriminações penais, como a inaplicabilidade da anistia (art. 151, parágrafo 5.º, do Código Penal), do indulto (art. 174, parágrafo 3.º, do Código Penal), da suspensão condicional (art. 164, parágrafo 2.º, n. 1, do Código

Penal) e da extinção das penas (art. 172, n. 7, do Código Penal). Trata-se, em todas estas situações, das figuras de rotulação e de penação do reincidente enquanto tal, que exorbitam do esquema teórico da pena como consequência taxativa apenas do crime, e vão de encontro ao princípio da igualdade, o paradigma penal constitutivo do *tipo de autor*.

Rompem, igualmente, o nexu retributivo entre pena e delito as diferenças de tratamento segundo o tipo de acusado, como são as constituídas pelos prêmios penais e processuais inicialmente com a lei antiterrorista (art. 4 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979, e a Lei temporária 305, de 29.05.1982) e, depois, pela prática que esta veio a gerar aos imputados que colaboram com a acusação; assim como as derivadas, ~~seja~~ limitadamente apenas à carcerização preventiva, de relevância associada inicialmente pela legislação de emergência (arts. 1, parágrafo 3.º, da Lei 152, de 22.05.1975, 4 da Lei 532, de 12.08.1982, e 8, parágrafo 2.º, da Lei 387, de 28.07.1984) e depois pelo novo Código de Processo (art. 274, alínea c) com relação à “periculosidade” de réu com objetivo de expedição de um mandado de captura e para concessão da liberdade provisória.

Mas, sobretudo, as diferenciações em face do tipo de imputado foram criadas pela legislação penal e processual denominada “ordinária” dos anos oitenta. A primeira intervenção nesta direção surgiu com a Lei de 689, de 24.11.1981, que nos arts. 53-76 instituiu uma série de *sanções substitutivas* das penas de detenção de pouca duração: a *semidetenção* de ao menos 10 horas por dia para as penas não superiores a 6 meses; a *liberdade controlada* para uma duração duplicada da pena de detenção substitutiva, com a obrigação de pernoite e de apresentação diária à autoridade de segurança pública, para as penas não superiores a 3 meses: a *pena pecuniária* de espécie correspondente àquela não superior a 1 mês. De per si, uma reforma similar não seria mais do que uma atenuação da qualidade da pena: a isto pode-se somar a reforma penitenciária com as medidas alternativas à pena, não apenas limpidamente mediante uma modificação das penas estabelecidas, mas por meio de um complicado dispositivo confiado à discricionariedade do juiz, a quem se pede que determine e motive “a espécie e duração da pena carcerária substituída pela semidetenção, pela liberdade controlada ou pela pena pecuniária” (art. 61). Além disso, os arts. 77 a 85 – prevendo que para sanções substitutivas da liberdade controlada e da pena pecuniária o mecanismo possa ser ativado também “a pedido do imputado e com parecer favorável do Ministério Público” e que em tal caso a sentença “declara extinto o crime” – introduziram, de fato, no nosso ordenamento o instituto da transação (acordo) sobre a pena, condicionada, evidentemente, à confissão do imputado e destinada a um desenvolvimento muito amplo com o novo Código de Processo. Uma forma menor de acordo, de resto, é também aquela introduzida pelo art. 126 dessa mesma lei, e já recordada no parágrafo 43.5, da oblação voluntária para as contravenções punidas alternativamente com a pena pecuniária ou com a detenção, que da mesma forma reclama do imputado, além de outras valorações discricionárias do juiz, um requerimento e implícita declaração de culpabilidade.²¹

Estas formas embrionárias de transação, conjuntamente com a mais encorpada Lei 304, de 29.05.1982, que diz respeito às atenuantes especiais aos acusados “arrepentidos” que colaboram com a acusação –, abriram uma estrada bem mais ampla ao acordo (transação) sobre a pena introduzida pelos arts. 444-448 do novo Código de Processo Penal. Estas normas, cuja análise será feita no parágrafo 45.5, faz parte de um conjunto produzido por uma série de saltos em direção à lógica premiadora estabelecida pelo nosso legislador. Em primeiro lugar, a Diretiva 41 do texto de lei delegada expedida em 15.07.1982

pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados havia previsto a aplicação, uma vez solicitado e com a concordância das partes, de alguma das sanções substitutivas, de uma “pena privativa de liberdade de duração igual à do mínimo legal correspondente ao delito que funda a acusação, reduzida de um terço e, em todo caso, não superior a 3 meses de prisão ou de detenção”, o que equivale a limitar o âmbito da instituição aos delitos cuja pena mínima não supere os 4 meses e meio. Depois, a Diretiva 44 do texto aprovado pela Câmara, em 18.07.1984, elevou este limite para 1 ano e meio, admitindo o acordo das partes sobre “pena carcerária mínima prevista para o delito, tomando-se em conta as circunstâncias, reduzida não mais que um terço e em todo caso não superior a 1 ano de prisão ou de detenção”. Finalmente, com a Diretiva 45 da Lei delegada de 1987 e com o art. 444 do novo Código, esse limite foi elevado, ainda que não seja claro se a 3 ou a 6 anos, já que permite o acordo em todos os delitos cuja pena “tenha levado em consideração circunstâncias e *reduzida em até um terço*, e assim não supere dois anos de prisão ou de detenção acompanhados ou não de pena pecuniária”.²² Ainda mais: no pequeno acordo previsto pela Lei de 1981, fica totalmente excluído o poder do juiz que não seja o de absolver o acusado (art. 444, *caput*). Caso se considere para todos os demais delitos que o novo Código introduziu um “procedimento abreviado” a requerimento das partes, com a conseqüente redução da *réclusão perpétua* a 30 anos e das demais penas em um terço dela, resulta uma diferenciação das penas com base, como diz a exposição de motivos do projeto, nos “méritos processuais” do imputado²³ e no beneplácito da acusação, de porte incomparavelmente maior em relação àquela produzida por qualquer lei premiadora do passado.

5. As lesões ao princípio de submissão das penas à jurisdição: as penas sem processo

Por último, contrastam com o princípio da *submissão das penas à jurisdição* todas as sanções processuais e penais sem processo, seja porque o antecedem, seja porque se seguem automaticamente à condenação. Fazem parte das primeiras – ademais de todos os casos de condenação por decreto e por acordo, contrários ao princípio da necessidade do juízo e que serão analisados no próximo parágrafo – todas as medidas cautelares adotadas quando na pendência da presunção de inocência: não apenas a prisão preventiva do art. 285 do Código de Processo Penal – que, como se verá, resta ainda como um dos pilares do nosso sistema penal –, mas, também, as prisões domiciliares (introduzidas pela Lei 398, de 28.07.1984) e agora previstas no art. 284 do Código de Processo Penal, a proibição ou obrigação de permanência em um lugar (art. 283 do Código de Processo Penal), as medidas de interdição (arts. 287-290 do Código de Processo Penal), o seqüestro preventivo de jornais e outras publicações ou periódicos que contêm “obscenidades ou ofensas à decência pública” (art. 2 do regulamento do Decreto-lei 561, de 31.05.1946), o fechamento de sedes políticas suspeitas (art. 3 da Lei 533, de 08.08.1977).

Entre as segundas estão a pena de *prisão perpétua* quando se aplica automaticamente – como no caso previsto no art. 73 do Código Penal, no qual “concorrendo vários delitos, para cada qual deve impor-se uma pena de prisão não inferior a 24 anos”, ou nos crimes de homicídio agravados pela “finalidade terrorista”, agravante não compensável por atenuante alguma (art. 1, par. 3.º, do Decreto-lei 625, de 15.12.1979). Em todo caso, e tal como se mostrou no parágrafo 30, trata-se de uma pena contrária ao princípio da proporcionalidade, ao princípio da igualdade penal entre pessoas de idade distinta e, acima de tudo, ao da humanidade das penas enunciado no art. 27, parágrafo 3.º, da Constituição.²⁴

Também se incluem aqui todas as *penas acessórias* ou de interdição previstas nos arts. 28 a 37, diferentemente das principais, “que são impostas pelo juiz da condenação”, “seguem por lei, a condenação, como efeitos penais da mesma” (art. 20 do Código Penal); e que infringem assim não apenas o princípio jurisdicional da equidade, segundo o qual toda a pena deve ser valorada e determinada pelo juiz tendo como base todas as conotações específicas do caso concreto mas, também, o da retribuição, pois não são consequência do delito, mas automaticamente da condenação; para não aludir ao paradoxal contraste com a proclamada finalidade de reeducação e de reinserção social que têm as penas, abertamente impedidas por sua própria natureza, que consiste em proibir atividade laboral precedentemente desenvolvida pelos condenados. O mesmo pode-se dizer de *todos os efeitos penais secundários*, também automáticos e frequentemente em oposição ao princípio da regulação, constitutivos do *status* pessoal penalmente relevante: a) a inscrição da condenação nas certidões judiciais (arts. 685 a 690 do Código de Processo Penal), b) o *status* de reincidente de delinquente ou contraventor habitual, profissional ou por tendência (arts. 99-109 do Código Penal), com a consequente aplicação das medidas de segurança (art. 215 e ss. do Código Penal) e a inaplicabilidade de anistia indulto (arts. 151, par. 5.º e 174, par. 3.º, do Código Penal), c) os efeitos dos antecedentes judiciais para fins de determinação da pena (art. 133, *caput*, n. 2 do Código Penal); d) a impossibilidade de beneficiar-se no futuro da suspensão condicional da pena (art. 164, *caput*, ns. 2 e 4 do Código Penal), da não menção da condenação nas certidões judiciais (art. 175, par. 1.º e 2.º, do Código Penal) ou do perdão judicial (art. 169.3 e 4 do Código Penal), assim como a revogação dos dois primeiros benefícios e da liberdade condicional concedida anteriormente (arts. 168, 175, par. 3.º e 177 do Código Penal); e) a expulsão do estrangeiro condenado por determinadas penas ou por determinados crimes (arts. 235 e 312 do Código Penal); f) a punição de certos delitos de suspeita (arts. 707 e 708 do Código Penal); g) a destituição em face de determinadas condenações de funcionários públicos (art. 85 da DPR 3, de 10.01.1957) e magistrados (art. 29 da Lei 511, de 31.05.1946); h) a não habilitação para exercício de determinadas atividades e profissões ou a incapacidade para obter autorizações da polícia (art. 11 da TULPS 773, de 18.06.1931) e o cancelamento do direito a inclusão na ordem dos advogados (art. 42 da RDL 1578, de 27.12.1933). Em contraste com este interminável elenco de efeitos pós-penais estigmatizantes, aos quais se conjugam as penas acessórias do tipo de interdição, volta-se a mente à disposição IX, formulada há mais de dois séculos por Morelly em seu *Code de la nature*: “uma vez cumprida a pena, está proibido a todo cidadão fazer a menor reprovação à pessoa que a sofreu ou a seus parentes, de dizer às pessoas que ignorem-no e ainda demonstrar o mínimo desprezo em relação aos culpados, seja na sua presença ou na sua ausência, sob pena de receber a mesma punição que àquele foi dada”.²⁵

Por fim, vale recordar – entre as interrogações à garantia da submissão à jurisdição, a qual exige, além da determinação jurisdicional, a *predeterminação legal da natureza da pena* – a conversão da pena pecuniária operável com alteração do julgado no caso de insolvência do condenado. Esta conversão, que o Código Rocco previa diretamente em relação à pena de detenção, é agora prevista como sanção na “liberdade controlada” ou se assim requerido no “trabalho substitutivo”, calculando-se 25.000 liras ou frações de 25.000 liras de pena pecuniária por um dia de liberdade controlada e 50.000 liras ou frações de 50.000 liras por um dia de “trabalho substitutivo” (art. 102 da Lei 689, de 24.11.1981). Quando, entretanto, é violada também uma das prescrições que acompanham a execução de tais

sanções, a parte não cumprida se converte num período igual de prisão ou de detenção (arts. 108 da Lei citada e 135 do Código Penal). Está claro que, modificada deste modo, a substituição das penas pecuniárias, cuja ilegitimidade por violação do princípio da igualdade já foi declarada pela Corte Constitucional na Sentença 131, de 21.09.1979, põe em evidência uma vez mais não apenas as reservas que existem em matéria de substituição das medidas cautelares privativas de liberdade, senão também o valor monetário de troca associado à liberdade subtraída à pena e agindo, assim, como um vistoso fator de desigualdade material na execução penal.

6. O processo como pena. Imputação penal e rotulação social

A todas essas várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena e de multiplicação das sanções penais atípicas não retribuidoras deve-se, por fim, somar o desenvolvimento inflacional do processo penal, que na sociedade moderna de comunicações de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional. Pense-se no uso da incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública e, por outro lado, em direção à proliferação de milhões de processos a cada ano, aos quais não se seguem pena alguma, produtores apenas de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, de perigoso, ou no aguardo de sentença ou similares).

Tal alteração da função do processo, favorecida pela sua estrutura bifásica, torna legítimo falar de “penas processuais”. É, de fato, uma pena processual o ato pelo qual o imputado é advertido no início do procedimento e que graças a um intenso reformismo lingüístico passa a ser chamado inicialmente de “aviso de processo” (art. 8 da Lei 932, de 05.12.1969), depois “comunicação judiciária” (art. 3 da Lei 773, de 15.12.1972) e, por último, “informação de garantia” (art. 369 do novo Código de Processo Penal) transformando-se, assim, de instrumento de estigmatização pública em uma efetiva garantia de defesa do imputado. E assim o é, sobretudo, o encarceramento preventivo, assunto do qual falarei em outra parte da obra e que uma outra reforma terminológica operada pela Lei 398, de 28.07.1984, rebatizou de “custódia cautelar”. A natureza punitiva destes institutos se manifesta de maneira clamorosa naqueles verdadeiros casos de imaginação judiciária nos quais os inquiridores constroem figuras de crimes não previstas pela lei apenas com o escopo de deter os suspeitos: recorde-se, entre os casos que tiveram maior ressonância, a detenção dos funcionários públicos ausentes culpados de causar prejuízo ao Estado, que ordenou a Promotoria de Roma em 1983; ou a detenção não menos arbitrária por malversação (tendo em vista o fato de que haviam conseguido alguns arquivos judiciais) de alguns jornalistas culpados em realidade por uma mera contravenção por violação de segredo instrutório. Para não falar das autênticas e próprias campanhas judiciais nas quais se transformaram, com o auxílio dos meios de comunicação, algumas grandes investigações ou sumários dos anos setenta e oitenta, dirigidos essencialmente à culpa preventiva e ao linchamento público de bodes expiatórios sem a proteção alguma de garantias: o Processo Valpreda, o de “7 de abril”, o processo contra o napolitano Enzo Tortora, todos concluídos com sentenças absolutórias e, inclusive, com total retirada das acusações.

Aqui estamos obviamente nos casos de patologia judiciária. Mas de uma patologia que assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social, ou de perseguições políticas,

ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. Desta forma retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante da intervenção penal que caracterizou o direito penal pré-moderno, onde a pena era pública e o processo corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente.

45. O PROCESSO PENAL: PRINCÍPIOS NORMATIVOS E PERFIS DE EFETIVIDADE

1. A noção legal do processo penal no direito italiano. O modelo constitucional

O processo penal é, no nosso ordenamento, uma série de atividades realizada pelo juiz independente, nas formas previstas pela lei, e seguida da formulação em contraditório público entre acusação e defesa de um juízo consistente na verificação ou falsificação empírica de uma hipótese acusatória, e na conseqüente condenação ou absolvição de um imputado. Esta definição está baseada nos arts. 24, 25, 27, 101, 102, 104, 105, 111 e 112 da Constituição e 1, 187, 190 e 192 no novo Código de Processo Penal; inclui, ainda que aproximadamente, todas as garantias processuais – aquelas referentes ao ordenamento e aquelas referentes ao procedimento – formalizadas no nosso modelo SG.

A primeira dessas garantias é aquela da *submissão à jurisdição em sentido lato* (*nulla poena, nulla culpa, sine iudicium*), isto é, no sentido de garantia substancial ou orgânica relativa à figura e ao estatuto do juiz. Ela consiste na atribuição exclusiva de Poder Judiciário a um corpo de juízes ordinários (art. 102, parágrafo 1.º e 2.º, da Constituição: “A função jurisdicional será exercitada pela magistratura ordinária instituída e regulada pelas normas sobre ordenamento judiciário. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou especiais”) constituídos em um poder *independente* e dotado de *autogoverno* (arts. 104, parágrafo 1.º, e 105: “A magistratura constitui uma ordem autônoma independente de qualquer outro poder”; “ao Conselho Superior da Magistratura cabe a nomeação, posse e remoção e as medidas disciplinares referentes aos magistrados”), sujeitos apenas à lei (art. 101, *caput*: “Os juízes estão sujeitos apenas à lei”), inamovíveis (art. 107: “os magistrados são inamovíveis”) e dotados de competências legalmente preestabelecidas (art. 25, parágrafo 1.º: “Ninguém pode ser subtraído do seu juiz natural preconstituído por lei”).

A segunda garantia orgânica conexa à primeira é aquela da *não derrogação do juízo* no duplo sentido indicado no parágrafo 39.1, de *não fugibilidade* da jurisdição ordinária disposta pelo art. 25, parágrafo 1.º, da Constituição e da sua *não declinação* decorrente da *obrigatoriedade da ação penal* (art. 112: “o Ministério Público tem a obrigação de exercitar a ação penal”). Como se disse no parágrafo 39.3, esta garantia é corolário da submissão apenas à lei da função judiciária e também o é da acusação pública igualmente vin-

culada à lei, e assim afastada de tentações potestativas e de pressões externas; e é, ao mesmo tempo, um princípio essencial de igualdade e de imparcialidade diretamente voltado a impedir favoritismos ou discriminações à pessoa do réu ou do seu acusador.

A terceira garantia orgânica expressa pela nossa definição legal é a *separação entre o juiz da acusação* (*nullum iudicium sine accusatione*), introduzida pelo novo Código, e a configuração do Ministério Público como sujeito exclusivo da acusação e no seu todo exclusivamente acusatório, vinculado à lei (art. 112) e independente (art. 107, parágrafo 4.º: “o Ministério Público goza das garantias estabelecidas pelas normas que disciplinam a ordem judicial”). Daí deriva a posição do juiz como um *terceiro* em relação às partes, e sua *imparcialidade* com respeito a matéria contenciosa.

O quarto princípio incluído na nossa definição é a garantia processual da *presunção de inocência do imputado* até que prova contrária justifique a condenação (art. 27, *caput*, da Constituição: “o imputado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”). Se é verdade que a verificação dos crimes e a aplicação das penas são possíveis apenas com sentença de condenação sucessiva a um processo, processo e condenação são condições em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado, mas inocente, e não é suscetível de lhe ser aplicada uma pena nem que seja a título preventivo ou cautelar. Disso segue o corolário de que o *ônus da prova pertence à acusação* (*nulla accusatio sine probatione*): isto é, aquela regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado.

O último princípio contido na nossa definição legal do processo penal é aquele do *contraditório*, por meio do qual se realiza a *estrita submissão à jurisdição* do processo. Ele corresponde, essencialmente, como se disse no parágrafo 41.4, ao método de formação das provas e de verificação da verdade, fundado não no juízo potestativo, mas num conflito disciplinado e ritual entre partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse punitivo do Estado, e a defesa, expressão do interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e permanecer imune à aplicação de uma pena arbitrária. Tal conflituosidade, da qual depende a efetividade da presunção de inocência do imputado, é garantida normativamente não apenas pela separação entre juízo e acusação mas pelo controle e pela participação do imputado na atividade de formação e discussão das provas que estão asseguradas pela sua *defesa técnica* (*nulla probatio sine defensione*) em qualquer grau de jurisdição (art. 24, parágrafos 2.º e 3.º, da Constituição:²⁶ “A defesa é um direito inviolável em qualquer grau e estado do procedimento. Estão assegurados aos hipossuficientes, de acordo com o que expuser norma futura, os meios para agir e defender-se perante qualquer jurisdição”). Instrumentais em relação à garantia de defesa mas, também, àquela de presunção de inocência até prova em contrário, e da submissão do juiz apenas à lei encontram-se, enfim, a obrigação da *motivação* de todos os provimentos jurisdicionais (art. 111, parágrafo 1.º, da Constituição), em particular daqueles restritivos da liberdade pessoal (art. 13, parágrafo 2.º) e, ainda, a *recorribilidade* em cassação pelas violações à lei de todas as sentenças e de todos os provimentos sobre a liberdade pessoal (art. 111).

Trata-se, como visto no capítulo 9, de um conjunto de princípios complementares, e em parte decorrentes daqueles de estrita legalidade dos crimes e das penas, com os quais se quer exprimir o monopólio legal e judiciário do poder punitivo. O primado da lei, expresso pelo princípio de estrita legalidade penal, exigindo que sejam puníveis todos e apenas os fatos empíricos legalmente previstos como crimes, comporta de fato a configuração da

jurisdição como função tendentemente cognitiva, porque vinculada à verificação com base em provas e contraprovas que só podem garantir juízes alheios às partes, independentes dos demais poderes do Estado e, em primeiro lugar, do poder de governo.

2. O novo Código do Processo Penal e o sistema acusatório

Este modelo constitucional de processo – que permaneceu congelado por quase quarenta anos – encontrou parcial atuação com o novo Código de Processo Penal aprovado com o DPR 447, de 22.09.1988, em vigor a partir de 24.10.1989. Rompendo uma tradição plurissecular, o novo Código adotou o sistema acusatório não expressamente previsto pela Constituição de per si, configurando o novo processo como uma relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese não apenas ao processo medieval de tipo inteiramente “inquisitório” mas, também, àquele “misto” do velho Código Rocco, que era baseado, no que tange à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação, e na relação diádica inquisidor/inquirido.

A principal inovação estrutural introduzida foi a separação do juiz da acusação, mediante a eliminação da velha figura do juiz instrutor, substituída por um juiz para as investigações preliminares em princípio estranho ao seu desenvolvimento (art. 328), e do pretor, que agora possui função apenas judicante. Ao Ministério Público, de outra parte, foram conferidas as funções via de regra postulantes, graças a duas importantes inovações: a exclusão da instrução sumária e a supressão já antecipada pela Lei 330, de 05.08.1988, do seu poder de determinar a captura do imputado, podendo agora apenas dispor do mecanismo denominado *fermo*, por não mais de 96 horas, em caso de perigo de fuga ou de graves indícios de culpabilidade dos delitos punidos com penas não superiores no mínimo a 2 e no máximo a 6 anos (art. 384).

A segunda ordem de inovações introduzidas pelo novo Código diz respeito ao sistema das garantias processuais, algumas das quais foram reforçadas e outras instituídas em conexão com o método acusatório. Antes de tudo é importante salientar que foi aliviado o velho e pesadíssimo regime da detenção preventiva por meio da redução dos termos máximos de sua duração, chegando a 4 anos (art. 303) (salvo os tempos da sua eventual suspensão, que segundo o art. 304 não podem alongar a custódia além de 2/3 do máximo da pena, vale dizer, para os delitos mais graves até 16 anos); a limitação dos casos nos quais é consentida, apenas aos delitos punidos com reclusão superior no máximo a 3 anos (art. 280); e, sobretudo, mediante a eliminação não só do poder de captura efetuado pelo órgão responsável pela acusação mas, também, daqueles institutos aberrantes que eram a captura obrigatória, a proibição de liberdade provisória e desta maneira o encarceramento automático do imputado tendo como base apenas a gravidade do título abstrato do delito que se apurava. A captura e a sucessiva detenção com base nos arts. 272-286 agora são sempre facultativas e devem ser justificadas pelo juiz com a subsistência e a persistência de “graves indícios de culpabilidade”, bem como com “as exigências cautelares” do perigo de fuga e do comprometimento das provas ou da periculosidade do imputado. Como se demonstrou no parágrafo 38, e como ainda se verá no parágrafo 47, tais disposições colidem sempre com o princípio da presunção de inocência, mas sem dúvida alguma este contraste é menos estridente.

Foi realizado, assim, ao menos para os procedimentos não especiais, o princípio do contraditório na formulação e na discussão das provas. As provas podem ser produzidas apenas perante o juiz (arts. 189-192); são admitidas uma vez requisitadas pela parte, salvo

que a lei disponha que elas possam ser produzidas de ofício (art. 190); são utilizáveis – salvo os casos de incidente probatório (arts. 392-404) e de leituras consentidas (arts. 511-513) – apenas se produzidas no debate (art. 526). O exame das testemunhas, dos peritos e das partes privadas na audiência preliminar é conduzido pelo juiz (art. 422, parágrafo 7.º) sendo que no debate é conduzida pelas partes apenas a simples vigilância do presidente e segundo o método *cross examination* (arts. 498-504). As mesmas regras são igualmente aplicadas aos juízes pretorianos cujas funções requerentes são inteiramente delegadas a um Ministério Público e aquelas judicantes encontram-se divididas, como diante de um tribunal, entre um juiz para as investigações preliminares e um pretor (arts. 549-500).

Com base neste modelo acusatório assumem maior relevância para fins de caracterização do processo penal como procedimento probatório – e não potestativo – toda uma série de garantias em grande parte já previstas pelo velho Código: a) o princípio – correlativo e complementar àquele da estrita legalidade ou taxatividade do delito – da formulação da acusação com referência a fatos determinados empiricamente prováveis ou comprováveis (arts. 65, 292, *caput*, c, 417, b, 423, 429, c, 516-522, 546 e 548, c, do Código de Processo Penal), bem como pela correspondência entre o fato contestado na imputação e aquele enunciado na sentença (art. 521); b) a introdução do ônus da prova à responsabilidade da acusação, por força do princípio acusatório de que “as provas são admitidas a requerimento das partes” e não, salvo algumas exceções, por iniciativa do juiz (art. 190, parágrafos 1.º e 2.º), assim, em caso de inatividade da acusação com respeito às provas e às refutações condicionadas ao seu requerimento, a prova não poderá ser juntada aos autos; c) a caracterização do interrogatório da pessoa submetida à investigação como instrumento de defesa e o momento de instauração do contraditório (de forma clara e precisa) do “fato que lhe é atribuído” e dos “elementos e provas existentes contra ela”, com a consequente faculdade do indiciado de não responder bem como não prestar testemunho contra si mesmo (arts. 65, 64, parágrafo 3.º, 198, *caput*, 208, 210, parágrafo 4.º); d) a proibição, no interrogatório em geral, e na produção da prova, de “métodos ou técnicas idôneas a influir sobre a liberdade de autodeterminação ou de alterar a capacidade de recordação e de valoração dos fatos” (arts. 64, *caput*, e 188); e) a “informação de garantia”, que deve ser enviada à pessoa submetida a investigação tão logo tenha terminado “o primeiro ato ao qual o defensor tenha direito de assistir” com “a indicação das normas de lei ditas violadas, da data e do lugar do fato”, ao fim do qual se instiga a nomeação de um defensor de confiança (art. 369); f) o dever do Ministério Público de desenvolver não só as investigações necessárias para o exercício da ação penal (art. 326) mas, também, o dever de “investigar os fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida à investigação” (art. 358); g) a fixação de um termo de 6 meses, prorrogáveis pelo juiz até 18, e, para alguns delitos graves, até 2 anos, para o encerramento das investigações preliminares (arts. 405-407); h) a limitação do poder de avocação do procurador geral junto à Corte de apelação apenas nos casos de retardamento ou omissão do Ministério Público (art. 412); i) o controle pela pessoa vitimada quanto à inércia da acusação pública, chegando à possibilidade de opor-se ao pedido de arquivamento da investigação e de indicar o objeto de investigações supletivas (arts. 408, *caput*, e 410); j) a extensão aos entes ou associações representativas dos interesses lesionados pelo crime ou com o consentimento da parte ofendida, de todos os direitos e faculdades a esta atribuídas (arts. 91-95); l) a assistência de um ou dois defensores de confiança e, na falta destes, de um defensor de ofício com o qual “o imputado que esteja

submetido a uma custódia cautelar tem direito de entrevistar-se a partir do início da execução da medida”, salvo os casos a que faremos referência em outros tópicos (arts. 96, 98 e 104); m) o direito dos defensores de assistir a todas as audiências, aos interrogatórios, às acareações, às inspeções e às perquirições (arts. 127, 245, 250, 350, 356, 364, 420, 484), exceção feita aos interrogatórios formais de polícia “tão logo tenha acontecido o fato” (art. 350, parágrafo 5.º), bem como a receber aviso prévio (arts. 97, parágrafo 3.º, 350, parágrafo 3.º, 364, parágrafo 3.º, 388, 390, *caput*, e 419) e ter depositada a fiança (arts. 128, 366, 416, 431, 466); n) a configuração como “fatos” do objeto da prova (arts. 187, 194, parágrafo 1.º, 211 e 218) e, em particular, a proibição de que os testemunhos tenham por objeto outros que não sejam “fatos determinados” (art. 194, parágrafo 3.º), a “moralidade do imputado” ou “vozes correntes no público” ou “comportamentos pessoais” (art. 194, parágrafos 1.º e 3.º); o) a necessidade de que as declarações dos co-imputados venham acompanhadas de “outros elementos de prova que as confirmem” (art. 192, parágrafo 3.º) e que em geral cada indício tenha ao menos uma confrontação, devendo os indícios ser “graves, precisos e concatenados” (art. 192, *caput*), segundo o critério de pluralidade das confirmações *per modos ponens*; p) a obrigação do juiz de “motivar os resultados obtidos e os critérios adotados” (art. 192, parágrafo 1.º) e por esta maneira explicitar todas as inferências indutivas por ele alcançadas bem como os critérios pragmáticos e sintáticos por ele adotados, inclusive aqueles das contraprovas e das objeções *per modus tollens*; q) a supressão da detenção e do julgamento na audiência das testemunhas que sejam suspeitas de cometer o crime de falso testemunho ou que sejam reticentes (art. 207); r) a publicidade dos atos utilizados para as contestações, assim como do fascículo para o debate depois do pronunciamento da sentença de primeiro grau e do fascículo do Ministério Público, depois da pronúncia da sentença de apelação, bem como, obviamente, da audiência de debates (arts. 114, *caput*, e 471); s) o duplo grau de jurisdição e a verificação em apelação da fundamentação das provas angariadas em primeiro grau (arts. 568-605); t) a absolvição plena não apenas “na falta”, mas, também, com a supressão da fórmula da dúvida quando “é insuficiente ou é contraditória” a prova da culpabilidade (art. 530).

3. As lesões legais do modelo constitucional do processo penal. O legado da emergência

Com respeito à crise de legitimidade da jurisdição penal que se abatia sobre o regime do velho Código, é indiscutível que o novo Código representa uma relevante conquista, senão por outro motivo, ao menos pela clara separação introduzida pela escolha acusatória entre juiz e acusação, e entre jurisdição e ação e então pela redefinição dos papéis no processo: de um lado a luta contra o crime e o empenho de investigação sob a responsabilidade da polícia e do Ministério Público; do outro, a posição do juiz como terceiro, e a sua imparcialidade na produção das provas e verificação dos fatos.

Dito isto, parecem decisivamente excessivos os elogios com os quais o novo Código foi recebido pelos expoentes maiores da nossa doutrina processual.²⁷ Devemos, de fato, reconhecer que em parte por razões *extra codicem*, mas em parte por causa do novo Código, também o sistema das garantias processuais desenhado pela Constituição, não menos do que aquele sistema de garantias penais em tema de crime e de pena, parece destinado a permanecer largamente ineficiente. Antes de tudo, o novo Código encontra-se afastado de um

sistema penal da forma de estrita legalidade como era aquele vigente no Código Rocco e no ordenamento judiciário ainda em parte instituído pela RD 12 de 30.01.1941. Em segundo lugar, o novo Código recebeu como forma de compromisso muitos dos institutos antiguarantistas do velho sistema e, em particular, de alguns procedimentos policiais introduzidos pela legislação de exceção dos anos setenta e oitenta. Enfim, este novo Código estampou uma série de procedimentos especiais que são por demais afastados do sistema das garantias processuais, e que apresentam um risco de perpetuar, ou pior, de reforçar e legitimar culturas e práticas inquisitórias desenvolvidas no período de emergência.

Verifica-se, assim, que o princípio da “estrita submissão à jurisdição”, considerado pela ótica da “sujeição do juiz apenas à lei” e dessa maneira formando o modelo cognitivo do juízo penal, resulta contraditado pelas múltiplas opções deixadas à atividade interpretativa e àquela probatória da indeterminação semântica das normas penais substanciais. Ao mesmo tempo, a sua atuação continua a se chocar contra as variadas condicionantes – normativas e de fato, externas e internas – que a todo momento circundam a função judiciária. Em particular, ainda que o art. 109 da Constituição e os arts. 55-59 do Código de Processo Penal estabeleçam a independência da magistratura da polícia judiciária, os agentes e os oficiais da polícia continuam a ser enquadrados em papéis dependentes junto ao Poder Executivo, podendo assim condicionar a atividade de iniciativa de pesquisa e de angariação das fontes de prova. Quanto ao princípio do “juiz natural” – isto é, da pré-constituição legal do juízo ao fato, que o velho Código garantia apenas aos oficiais judiciários e não como decorrência do art. 25 da Constituição, ao juiz “singular” –, o art. 4 das normas para adequação do ordenamento judiciário ao novo Código de Processo, aprovado com o DPR 449, de 22.09.1988, estabelece, é verdade, que “a destinação dos casos penais” seja operada pelos dirigentes das agências públicas “segundo critérios objetivos e predeterminados indicados em via geral pelo Conselho Superior da Magistratura”.

Todavia, esta norma não se aplica ao Ministério Público. E também para os magistrados judicantes esta norma foi em parte esvaziada pelo art. 33 do Código de Processo Penal, segundo o qual “não se consideram atinentes à capacidade do juiz” – e não são portanto causa de nulidade (arts. 177, 178, *a*, e 179, parágrafo 1.º) – “as disposições sobre a destinação do juiz aos gabinetes judiciários e às sessões, quanto à formulação dos colegiados e quanto à destinação dos processos a sessões, colegiados e juízos”.

Também a segunda garantia orgânica – aquela da não derrogação do juízo e da obrigatoriedade da ação penal – encontra-se debilitada em vários aspectos. A derrogação mais vistosa é a que diz respeito à infungibilidade da jurisdição e constituída pela conservação no novo Código de muitos e variados poderes instrutórios de polícia – entre os quais o odioso instituto do interrogatório sem defensor (art. 350, parágrafo 5.º) –, que como veremos no parágrafo 50, possibilitam falar de um completo *direito processual policaiesco* de caráter inquisitivo e em contradição não só com a “exclusividade” do poder jurisdicional destinado ao juiz, mas também com inteiro conjunto das garantias processuais. A não derrogação do processo com a somatória das garantias é igualmente violada, ainda sob o aspecto da impossibilidade de sua declinação, por alguns dos procedimentos especiais dos quais falarei em outro trecho: em particular, pelo acordo quanto à pena e ao procedimento por decreto, que substitui de fato a jurisdição com práticas negociais de tipo substancialmente administrativo. Ao final, um enfraquecimento do princípio acusatório é produzido – não é de todo claro se por uma escolha consciente ou não – pela fórmula dos arts.

50 e 331: a primeira destas normas estabelece, como já o fazia o art. 1 do velho Código, que “a ação penal é exercitada de ofício” “quando não é necessária a querela, a representação, o requerimento ou a autorização para proceder”; a segunda enuncia o dever de denúncia por parte de funcionários públicos e dos órgãos responsáveis por um serviço público da mesma maneira como o velho art. 2.º, *caput*, em todos os delitos não puníveis “por iniciativa do ofendido”, bem como para os “delitos de persecução de ofício”, entre os quais não se encontram aqueles cometidos, por exemplo, por parlamentares ou por ministros, para os quais é prevista uma autorização para o procedimento.

Quanto à terceira garantia – aquela da separação entre juiz e acusação, que é a principal conquista do novo regime acusatório – também se apresenta ofuscada por uma certa ambigüidade, que contrapõe a figura do “juiz para as investigações preliminares” e aquela do “juiz para audiência preliminar”. A posição da primeira destas novas figuras judicantes resulta de fato comprometida pelas inúmeras antecipações de juízo: também com a rejeição do arquivamento (arts. 409, parágrafos 4.º e 5.º, e 554, *caput*), a convalidação das prisões cautelares e temporárias operadas pela polícia judiciária e pelo Ministério Público (arts. 390-391) e, sobretudo, pela emissão das medidas coercitivas a começar pelo mandado de captura (art. 279). Esta ambigüidade poderia ter sido reduzida caso fosse ao menos estabelecido para estes vários atos que o juiz para as investigações deva, no limite do possível, não ser sempre a mesma pessoa. Vice-versa, o citado art. 4 das normas para adequação do ordenamento judiciário reza uma norma exatamente oposta: “na determinação de um critério para atribuição dos casos penais a um juiz para as investigações preliminares, o Conselho Superior da Magistratura estabelece a concentração, sempre que possível, na pessoa de um mesmo juiz de todos os incidentes probatórios e de todos os provimentos relativos ao mesmo procedimento”. Pode-se, assim, afirmar – na falta de uma norma específica que prescreva a incompatibilidade, talvez por razões de economia de pessoal da justiça – que a concentração no mesmo sujeito das funções de juiz para as investigações preliminares e juiz para a audiência preliminar terminaria por recompor com novas vestes a velha figura do juiz instrutor, com a agravante de que o novo juiz para a audiência preliminar, diferentemente do velho juiz instrutor, é chamado, como no juízo abreviado e na aplicação da pena com a concordância entre as partes, a definir o juízo de primeiro grau, no qual se encontram limites relevantes ao direito de apelação das partes (arts. 443 e 448, *caput*). Some-se a isto que como derrogação à separação entre juízo e acusação, o Ministério Público continuará a desenvolver atividades instrutórias – a verificação de informações técnicas e irrepetíveis mas, também, os interrogatórios, as inspeções, as acareações e confrontações e as funções de informações testemunhais (arts. 360-364 e 388) na presença, mas talvez também na ausência (arts. 362 e 364, parágrafo 5.º) do defensor – as quais, ainda que privadas de valor formal probatório, serão relevantes na audiência preliminar, encontrando-se documentadas no fascículo do Ministério Público que acompanha a denúncia enviada ao juízo (art. 416, *caput*) e indiretamente pelo trâmite das contestações, que serão abordadas em outra parte da obra, até a audiência de debates.

Lesões de direito substancial encontram-se no quarto princípio constitucional em tema de processo penal – a presunção de inocência do imputado até prova em contrário – por todas as normas penais fundadas na figura do “suspeito” ou da “periculosidade social” dos “crimes de suspeita”, cuja característica específica reside, verdadeiramente, na transferência processual do ônus da prova da acusação ao imputado, até todas as medidas de

defesa social de várias formas associadas, mais do que à prova de um crime, a elementos sintomáticos da personalidade, como a qualificação de “sujeito perigoso” ou “reincidente” ou “com tendência a delinquir” ou similares. Sobretudo, pois, a presunção de inocência é geralmente contraditada por todas as medidas cautelares judiciais e policiais adotadas antes da condenação. Sobretudo entre elas a prisão preventiva, a qual, não obstante o seu novo nome de “custódia cautelar”, verdadeiramente perdeu, como se verá no parágrafo 47, a sua função puramente processual para transmutar-se em uma medida de defesa social contra os imputados tidos supostamente como perigosos para a sociedade.

A quinta e última ordem de garantias processuais – aquela do *contraditório* entre a acusação e a defesa por meio do ônus probatório da primeira e o direito à reputação da segunda – torna-se verdadeiramente impraticável todas as vezes que a sanção é legalmente associada a juízos de valor ou a elementos sintomáticos segundo o esquema do “tipo de autor”, pela razão, já amplamente ilustrada, que em tais casos são impossíveis seja a verificação acusatória seja a falsificação defensiva, não sendo nem provável nem refutável a atribuição antes mesmo que de fatos determinados, de qualificações (como “suspeito” ou “perigoso” ou “subversivo” ou “obsceno” ou similares) integradas essencialmente pelos juízos subjetivos e potestativos do juiz. Como já assinalai na nota 83 do capítulo 3, o ônus da prova sob responsabilidade da acusação e aquele da motivação do fato sob responsabilidade do juiz encontram-se igualmente enfraquecidos por uma absurda limitação imposta pelo art. 606 que diz respeito ao controle lógico da prova na Cassação: a previsão legal que admite como um motivo de recurso a “falta ou manifesta falta de lógica da motivação” apenas “quando o vício resulta do texto do provimento impugnado”; com o risco de, a prevalecer uma obtusa interpretação literal, considerar-se que não seria censurável a omissão judicial de valoração das provas ou contraprovas produzidas, ou, ainda, aquelas que não tiveram assunção ao processo e se encontram todavia disponíveis, a ausência de hipóteses plausíveis e, a rigor, a falsificação ou alteração do fato no texto da sentença.

Ocorre de outra parte registrar, no novo Código, uma série de legados da legislação de emergência que debilitam o contraditório, determinando assim, em contraste com a opção acusatória, uma disparidade entre acusação e defesa, assim como um defeito de publicidade e de moralidade do processo.

A primeira destas heranças encontra-se representada pela norma em matéria de interrogatório. Direi no parágrafo 50, a propósito das medidas cautelares de polícia judiciária, que a mais grave destas normas – art. 350, parágrafo 5.º – reproduziu e generalizou o velho interrogatório de polícia sem defensor para alguns crimes graves previstos no Decreto-lei 59, de 21.03.1978. Nesta mesma direção, de típicos institutos inquisitórios, o novo Código conservou nos arts. 210 e 363 o interrogatório da pessoa imputada em procedimento conexo, introduzido pelos arts. 9 e 11 da Lei 534, de 08.08.1977, e amplamente utilizado para oitiva nas vestes incertas e ambíguas do “imputado testemunha” dos denominados “arrependidos”. E transferiu a modificação do velho regime das nulidades, aportada pelo art. 6.º da mesma lei nos arts. 179-180, os quais declaram sanadas, se não argüidas ou deduzidas ao final de qualquer grau de jurisdição, todas as nulidades relativas à “intervenção, assistência e representação do imputado” não “derivadas da omissão de citação do imputado ou da ausência do seu defensor nos casos em que sua presença é obrigatória”, sendo que o originário art. 185 do Código Rocco previa indistintamente tais situações como absolutas e insanáveis.

O segundo, e não menos grave legado da emergência diz respeito à falta de publicidade que continua a caracterizar a fase anterior ao debate. Esta fase – que compreende as investigações preliminares, os incidentes probatórios e a audiência preliminar – é inteiramente coberta pelo considerado segredo “externo”, isto é, relativo a sua apresentação ao público: os arts. 114, parágrafos 1.º e 2.º, e 329 vetam, de fato, até o término da audiência preliminar, a publicação de todos os atos relativos a investigações, sejam eles cobertos ou não cobertos pelo segredo interno, e os arts. 401 e 418 estabelecem que os incidentes probatórios e a audiência preliminar se desenvolvem na “Câmara de Conselho” e que aos primeiros o indiciado pode assistir quando “se deve examinar um testemunho ou uma outra pessoa”, e nos demais casos apenas “com prévia autorização do juiz”. Mas uma parte relevante desta fase – aquela que precede a expedição ao indiciado da denominada “informação de garantia”, a qual é regulada pelo art. 369 no momento de “cumprimento do primeiro ato ao qual o defensor tem direito de assistir” – é coberta pelo segredo também “interno”, isto é, no que diz respeito ao imputado e ao seu defensor. Isto quer dizer que existe uma falta absoluta de publicidade relativamente a algumas atividades de investigação, como as informações sumárias testemunhais tomadas pela polícia e pelo Ministério Público (arts. 351 e 362), às quais o defensor não tem o direito de assistir.²⁸ O segredo interno, de outra parte, pode abarcar o primeiro contato do indiciado com os inquiridores. Já fiz referência ao interrogatório sem defensor por parte da polícia e do Ministério Público (arts. 350, parágrafo 5.º, e 364, parágrafo 5.º). Como agora a esta situação o art. 104, depois de haver afirmado “o direito” da pessoa presa, ou detida para investigação ou em estágio de custódia cautelar “de haver-se com o seu defensor” imediatamente depois da confirmação dos atos mencionados, que estabelece que “no curso das investigações preliminares, quando subsistam específicas e excepcionais razões de cautela, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, pode, com decreto motivado, dilatar por um tempo não superior a sete dias o exercício do direito de haver-se com o defensor” e – ainda mais grave – que, nas hipóteses de detenção ou prisão para averiguações, o poder previsto no parágrafo 3.º é exercido pelo Ministério Público até o momento em que a pessoa submetida a essa condição é colocada à disposição do juiz”.²⁹

Caso se considere que esta fase secreta e substancialmente inquisitória é de fato decisiva para a obtenção das provas, e que nela existe um pré-julgamento e, em alguns casos, como na hipótese do juízo abreviado e na aplicação das penas com a concordância das partes, se exaure o juízo, devemos registrar neste aspecto uma continuidade, ou pior, um regresso do novo Código em relação ao antigo. O risco que disso segue é que o novo processo termine verdadeiramente por reforçar a tendência desenvolvida no último decênio ao exaurimento do debate e ao primado conexo das funções inquiridoras em relação àquelas judicantes. E este risco é tão mais grave se observado – em contraste com a falta de publicidade formal – que a fase das investigações é aquela acompanhada por uma maior publicidade de fato sobretudo pela atenção que a ela é dada pelos meios de comunicação de massa. Eis aí, pois, o paradoxo, já assinalado no parágrafo 44.6, de uma máxima publicidade das hipóteses acusatórias em contraste com o segredo instrutório que formalmente cobre as provas, também em relação ao imputado, e de uma substancial desatenção pública ao debate, não obstante as formas antagonistas e solenes a ele garantidas.

O terceiro legado da legislação de emergência é constituído pela Lei Mancino-Violante 29, de 17.02.1987, que diz respeito à “leitura” das atas no debate, cujo conteúdo é substancialmente recebido pelo art. 511-513 do novo Código. Como derrogação dos prin-

cópias da oralidade do processo, da iniciativa da parte em tema de prova e, sobretudo, da utilização nas decisões apenas das provas adquiridas no debate, estes artigos consentem verdadeiramente ao “juiz, também de ofício”, de dispor “que se proceda à leitura integral ou parcial das atas contidas no fascículo para o debate”, ainda que “a requerimento das partes”, “das atas tomadas pelo Ministério Público”, quando “por fatos ou circunstâncias imprevistas não for possível a repetição destas”, e das declarações tomadas junto ao Ministério Público ou ao juiz da audiência preliminar pelo imputado, onde eles sejam “contumazes ou ausentes ou recusem-se” a responder. Na mesma linha, também os atos em que a leitura não é consentida (art. 514) mas que estão contidos no fascículo do Ministério Público e relativos às investigações por ele concluídas (arts. 416, *caput*, e 433) são utilizáveis no debate para a contestação (arts. 238 parágrafo 4.º, 500, parágrafos 1.º e 4.º, e 503, parágrafos 3.º e 6.º), e uma vez que não constituem “prova” – diz o art. 500, parágrafo 3.º, como se em um sistema que ignora as provas legais isto fizesse grande diferença –, podem ser valorados pelo juiz para estabelecer a credibilidade da pessoa examinada”. De tal modo, por meio da “leitura” e das “contestações”, ainda que puramente limitadas a alguns atos, ingressa mais uma vez no processo a instrução escrita, secreta, subtraída do contraditório e a ele lesiva, no caso de leituras do interrogatório do imputado que na audiência se recusa a responder, exercitando o princípio *nemo tenetur se detegere*.

O regresso ao esquema inquisitivo é também confirmado pelo regime processual anterior à lei de 1987, por força do disposto no art. 511, parágrafo 5.º, o qual consente ao juiz “também de ofício” indicar especificamente os atos utilizáveis para fins da decisão”, estabelecendo que “a indicação dos atos equívale a sua leitura”, a qual é devida apenas se se trata de “declarações que uma das partes requereu”, ou “no caso de um sério desacordo quanto ao conteúdo dos atos”. Isto significa que muitos atos da fase preliminar podem ser assumidos como base para um juízo, sem, no entanto terem sido lidos ou mesmo se tornado públicos, com risco, sobretudo nos chamados maxiprocessos, que qualquer juiz, e em particular os jurados, terminem de fato por decidir sem ler nem conhecer todos os atos, remetendo como no passado ao fascículo processual cujo conhecimento era tido apenas pelo juiz-presidente.

Tudo isto, unido às previsíveis resistências das velhas atitudes inquisitivas na cultura dos juízes e dos outros autores processuais,³⁰ torna improvável a transformação efetiva do processo penal italiano em um sistema acusatório. Ainda que seja lícito esperar uma revitalização qualitativa (mesmo que não, como veremos, quantitativa) do debate, que no passado foi reduzido a pouco mais de uma fraca repetição dos resultados instrutórios e a um debate oral quanto à sua consideração, não é de se descartar que ele continue a ser prejudicado pelo material probatório recolhido em segredo nas investigações preliminares e de fato concorrente, com a “leitura” ou “indicações” ou “contestações” das atas, à formação do “livre convencimento do juiz”. Some-se a isto que a posição da defesa permanece radicalmente inferior em relação àquela da acusação, porque na organização do nosso ordenamento jurídico, no qual o Ministério Público é – seja por arregimentação na carreira ou por *status* jurídico – um magistrado da mesma forma que o juiz, e a este ligado por vínculos de coleguismo, de familiaridade, de fungibilidade e de solidariedade corporativa bem superior àqueles vínculos existentes entre juízes e defensores, esta inferioridade é destinada a resolver-se em substancial ausência de contraditório no processo que tenha como réus hipossuficientes, nos quais a defesa é confiada apenas a um simulacro, que continua a ser o “defensor de ofício”, que não se reveste de uma característica de parte conflituosa, mas quase sempre ritual e de cumplicidade silenciosa.

4. Os procedimentos especiais sumários. Juízos diretíssimos, imediatos e por decreto

Os aspectos mais inquietantes do novo Código de Processo não residem, todavia, nos legados do velho regime, mas em alguns dos novos *procedimentos especiais* ou *simplificados* por ele introduzidos e destinados a se tornar – nas previsões do legislador e nos auspícios de quase toda a doutrina processual – a forma decisiva do processo penal.³¹ De forma completa, os procedimentos especiais velhos e novos estão disciplinados no livro e são cinco: o juízo abreviado (arts. 438-443), a aplicação da pena com a concordância das partes (arts. 444-448), o juízo diretíssimo (arts. 449-452), o juízo imediato (arts. 453-458) e o procedimento por decreto (arts. 459-464). Destes cinco procedimentos, o primeiro representa uma novidade absoluta, o segundo constitui um alargamento do instituto do acordo já introduzido pela Lei 689, de 1981, o terceiro e o quarto repetem, sem grandes variações, o velho juízo diretíssimo, e o quinto reproduz o velho procedimento monitorio da condenação por decreto, ampliando o seu âmbito de aplicação. O traço a todos comum é o da simplificação do procedimento ordinário e a definição antecipada do juízo. Precisamente, o juízo abreviado e a aplicação da pena com a concordância das partes permitem definir o procedimento na audiência preliminar (arts. 438, parágrafo 1.º, e 439, *caput*) ou em qualquer momento até a abertura do debate de primeiro grau, desde que assim requerido (art. 446, parágrafo 1.º), com a conseqüente supressão do debate e restrição das possibilidades de apelação (arts. 443 e 448, *caput*); o juízo diretíssimo e aquele imediato consentem, ao invés, proceder-se imediatamente ao debate, evitando-se a audiência preliminar (arts. 449 e 457); o procedimento por decreto consiste, ao final, em elidir o juízo por completo, subordinando-se o desenvolvimento à eventual oposição contra a condenação prévia (arts. 459 e 464).

Ainda que disciplinados no mesmo Livro, os cinco procedimentos têm pressupostos, características e funções assaz diversas entre si. O pressuposto dos dois primeiros é o acordo das partes e, por essa razão, a justificação do projeto de lei que originou o Código fala deles como *transação*: “transação sobre o rito que não toca de modo algum ao mérito da imputação”, no caso do juízo abreviado (art. 438); “transação sobre a pena”, que por sua vez “indica um acordo entre o Ministério Público e o imputado sobre o mérito da imputação (responsabilidade e conseqüente pena)”, no caso da aplicação da pena ante a concordância das partes (art. 444).³² O pressuposto do terceiro e quarto é, a seu turno, a simplicidade da prova e precisamente a prisão em flagrante do imputado ou a sua confissão no caso do juízo diretíssimo (art. 449, parágrafos 1.º e 5.º) e a evidência das provas no caso do juízo imediato (art. 453). O pressuposto do quinto procedimento, aquele por decreto, é, ao final, a particular pouca gravidade do delito e a natureza apenas pecuniária da sanção decida pelo juiz (art. 459).

Desta maneira, enquanto a escolha por um dos últimos três tipos de juízo é ancorada em elementos relativamente objetivos e não comporta qualquer vantagem para o imputado, a escolha dos acordos (transações) é operacionalizada levando-se em consideração vantagens da pena que a ela se seguem. Apenas os acordos comportam, portanto, uma efetiva diferenciação processual da pena, segundo o rito escolhido pelo imputado e merecem nesse sentido o nome de *procedimentos diferenciados*. E apenas esses, e não os outros três procedimentos especiais, que chamarei por sua vez simplesmente de *sumários*, representam uma novidade em relação a nossa tradição.³³ O juízo diretíssimo difere, de fato, do seu correspondente instituto do Código Rocco, apenas porque é previsto sobre o pressuposto da confissão e também para os imputados não detidos (art. 449, parágrafo

5.º), porque o tempo concedido para instauração do juízo é de 48 horas em caso de prisão, e de 15 dias em caso de confissão (art. 449, parágrafo 5.º) porque a convalidação da prisão em flagrante é prevista de maneira contextualizada pelo juízo (art. 449, parágrafo 1.º) e porque o imputado tem o direito de requerer um prazo para defesa, e também de ser admitido aos acordos (art. 451, parágrafos 6.º e 5.º). O *juízo imediato* não é outra coisa que um juízo “a meio caminho entre o juízo diretíssimo e o procedimento ordinário”,³⁴ predisposto para os casos em que “a prova apareça evidente” (art. 453, parágrafo 1.º) mas com base em investigações para as quais são concedidos 90 dias e que reclamam o depósito dos autos (art. 454) e a intervenção do juiz para dispor o procedimento e a restituição dos autos ao Ministério Público (arts. 455–457). Por fim, o novo *procedimento por decreto* difere do velho (arts. 506–510 do Código Rocco) apenas porque a pena pecuniária pode ser com ele aplicada também nos casos nos quais é consentida a irrogação em substituição a uma pena de detenção e, também, para crimes (por exemplo de contrabando) de competência do tribunal (art. 459, parágrafo 1.º); e, também, porque a pena pode ser com ele diminuída até metade tomando-se por base o mínimo da previsão legal (art. 459, *caput*); também o termo para a oposição é de 15 em vez de 5 dias (art. 461, parágrafo 1.º); e, também, porque o procedimento consequente é sempre de um rito especial que – salvo requerimento diverso do oponente (art. 461, parágrafo 3.º) – é aquele imediato (art. 464).

É justamente a conservação deste último tipo de procedimento que assinala, todavia, de maneira exemplar, o limite de fundo da estratégia de simplificação adotada pelo Código, e de forma mais genérica pela legislação penal dos anos oitenta: de um lado, a tendência a agilizar o procedimento também com enfraquecimento das garantias processuais e do outro a indisponibilidade de uma efetiva deflação penal. Por um lado, de fato, a simplicidade deste tipo de procedimento, justificada pela diminuta lesividade dos crimes, chega ao ponto que o juízo completo é elidido pela condenação preventiva, com a derrogação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Por outro lado, nele é inserido um elemento premiador consistente na redução até a metade da pena aplicável para que sejam desencorajadas as oposições e o consequente juízo. A lógica que informa um procedimento desta feição – como de resto aquela recordada no parágrafo 43.5 da oblação voluntária prevista pelos arts. 162 e 162-bis do Código Penal apenas para as contravenções – é idêntica àquela diferenciação pessoal que como veremos informa as transações ou acordos. Isto torna ainda mais patente a desproporção do processo penal por demais espoliado das suas mais essenciais formas garantistas, para infrações meritórias de sanções apenas pecuniárias, e, por tal razão, despenalizáveis com inúmeras vantagens para os transgressores, para a eficiência e para a credibilidade da justiça.

5. Os procedimentos especiais diferenciados: transação sobre a pena e transação sobre o rito. Ritos alternativos ou alternativas ao processo?

Uma verdadeira diferenciação processual das penas – em contraste com o princípio da igualdade – pela conduta processual do imputado é aquela realizada pelos dois institutos da transação: da *transação sobre a pena*, expressa pela concordância das partes “de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária diminuída até um terço” ou também “de uma pena de detenção, quando esta, tendo em conta as circunstâncias e diminuída até um terço, não supere dois anos de reclusão ou de prisão” (art. 444); e da *transação sobre o rito*, expressa pelo requerimento do imputado e pelo consenso do Ministério Público, para que o processo venha a ser definido na audiência preliminar (art. 438), com a vantagem para o primeiro

de uma redução da pena na medida de “um terço” e da substituição da pena de prisão perpétua pela “reclusão de 30 anos” (art. 442). Como se disse no parágrafo 41.5, a sua introdução parece ser a principal razão da manutenção da estrutura bifásica do processo, em particular da previsão de uma audiência preliminar e da conseqüente triplicação da figura do juiz de primeira instância (para as investigações, para a audiência preliminar e para o debate).

Dos dois acordos ou transações o mais grave é, indubitavelmente, o primeiro, que têm por objeto, além do rito, também o mérito da imputação e da medida da pena. Mas também o segundo pode se tornar uma fonte de injustiças, senão por outra razão porque ele, previsto também para os crimes gravíssimos punidos com a pena de prisão perpétua, é destinado a ter conclusão na audiência preliminar diante de um juiz, malgrado tenha ele se pronunciado quanto à expedição de um mandado de captura ou quanto à rejeição de um pedido de arquivamento com base “nos autos” (art. 440, parágrafo 1.º), isto é, nos elementos probatórios que, por definição contida no mesmo Código (art. 526) não merecem o nome de “provas”. Em torno aos dois institutos se formou, de uma maneira geral, e um tanto quanto acrítica, um consenso, tendo como base dois argumentos: o primeiro, teórico, é que eles seriam coerentes com a escolha de um “método acusatório” e com a natureza de um “processo de partes”, conferida ao juízo pelo novo Código; o segundo, pragmático, é que apenas o emprego na maior parte dos casos destes ritos alternativos torne realisticamente praticável nos casos restantes a celebração dos debates segundo o novo rito acusatório. Dos dois argumentos, no meu modo de ver, o primeiro é infundado; o segundo é eloqüente por si só, equivalendo à justificação do sacrifício das garantias na maior parte dos processos em nome da plena satisfação em alguns outros poucos.

A tese partilhada pela doutrina, e que logo se tornou um lugar-comum, de que os dois acordos ou transações são uma decorrência lógica do “método acusatório” e do “processo de partes” é totalmente ideológica e mistificadora. Como demonstrei no parágrafo 39.3, uma tese como esta, amparada na experiência do processo acusatório americano e, particularmente, do *plea bargaining*, é fruto de uma confusão entre um modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juízo e acusação, na paridade entre acusação e defesa, na moralidade e na publicidade do juízo – e os concretos caracteres do processo acusatório estadunidense, dos quais alguns, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm com o modelo teórico qualquer nexu lógico. A confusão, injustificada no plano teórico, é explicável no plano histórico: discricionariedade da ação penal e transação são, de fato, um aspecto moderno do caráter originariamente privado e/ou popular da acusação quando a oportunidade de agir e, eventualmente, a contratação com o imputado eram uma óbvia consequência da liberdade de acusação. Mas uma e outra são hoje de todo injustificáveis nos sistemas nos quais – como na Itália, mas também nos Estados Unidos – o órgão de acusação é público. O mesmo se diga da fórmula “processo de partes”, cujo uso com referência aos acordos ou transações é também impróprio e distorcido. A negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição. O contraditório, de fato, consiste no confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade. E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade. Sem contar que, em um contexto como o italiano, culturalmente marcado pela experiência da emergência, esta prática pode produzir distorções ainda maiores daquelas encontradas no processo americano, prestando-se a operar como um instrumento de pressão para falsas acusações, favorecendo o aumento de de-

núncias caluniosas, deturpando o trabalho da defesa, gerando disparidade de tratamento e incertezas do direito, deprimindo ao final e ulteriormente os níveis já baixos da cultura judiciária em matéria de prova.

Além das fórmulas de legitimação existe, sobretudo, o perigo de que a prática do acordo ou transação – como de resto ficou demonstrado pela própria experiência americana – possa produzir uma grave perversão burocrática e policialesca de uma boa parte da justiça penal, e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente mais alta.

A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução da pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de co-réu, embora infundada, de outros imputados?³⁵ E o que garante que um cidadão inocente, mas privado de defesa, vendo frustrar o seu clamor de inocência e descrente na justiça, embora contra sua vontade, não venha aceitar a transação quanto ao rito ou a redução de um terço da pena ou, ainda melhor, o acordo sobre a pena e portanto a sua diminuição de “até um terço” que significa um epílogo imediato do acontecimento com o máximo de dois anos de reclusão, a extinção do crime depois de cinco anos e talvez a suspensão condicional da pena? E nos casos mais graves, quem deterá o imputado que tenha perspectiva da prisão perpétua de mover falsas acusações em troca do consenso do Ministério Público ao juízo abreviado e, portanto, à redução da pena a 30 anos, ainda propensa a reduzir-se à metade em sede de execução? É evidente que por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo.

Disto resulta a devastação do completo sistema das garantias: o nexo causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado; a não derrogação do juízo, que significa a não fugibilidade da jurisdição e das suas garantias, assim como a obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais elididas pelo poder do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência e o ônus acusatório da prova, negados substancialmente – já que não formalmente – pela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do

interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio da contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, na qual ao primeiro não incumbe nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as auto-acusações.

É lícito perquirir, diante de similares procedimentos transacionais e, em particular, com relação à transação sobre a pena, se verdadeiramente se possa considerá-los como “ritos alternativos”,³⁶ ou se seria mais apropriado denominá-los de medidas alternativas ao processo. De fato, eles podem resolver-se em um tipo de justiça de cádi controlada pela acusação, à qual é reconhecida uma total discricionariedade na decisão de consentir o juízo abreviado ou de concordar com o imputado a medida de redução da pena, e, também de outro lado, as suas promessas não se referem – como no mecanismo premiador que foi próprio da lei sobre os arrependidos – a benefícios que deveriam ser valorados futuramente pelo juiz, mas a uma sua autonomia e muito mais crível poder; por outro lado, fora de quaisquer vínculos ou critérios legais, a mesma confissão, se não é rigorosamente necessária, pode não ser suficiente a induzir o Ministério Público a realizar o acordo, podendo exigir, além dela, a delação dos co-autores. Privado do poder de captura preventiva – mas não daquele da prisão temporária (art. 384, parágrafo 1.º) e do interrogatório (arts. 364 e 388) – o Ministério Público é, pois, investido de um enorme poder de predeterminação sobre o juízo do mérito, o que contradiz a sua natureza de parte em posição de paridade com o imputado, que é o traço mais característico do modelo teórico acusatório, e compromete de fato o próprio princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal. É verdadeiramente claro que, para a maior parte dos crimes, o poder da acusação pública de concordar com a diminuição da pena até dois anos, e de tornar possível a sua suspensão condicional (art. 444, parágrafo 3.º), e, pois, a extinção do crime e de quaisquer efeitos penais (art. 445, *caput*) equívale, na prática, a subtrair do imputado seja o processo seja a pena. E é de refletir-se por quanto tempo pode um poder tão desmesurado, decisivo para a sorte do processo e para a medida da pena, mas privado de qualquer característica “jurisdicional”, não despertar as aspirações adormecidas do Poder Executivo e trazê-lo para o seu próprio controle.

6. A mudança de paradigma do sistema penal

Orientações tendentes à eficiência e a lógica da diferenciação e da negociação penal, que já se encontravam expressos na legislação referente à colaboração premiada dos denominados “arrependidos” e nas leis penitenciárias dos anos setenta e oitenta, houveram por bem encontrar nos novos ritos diferenciados a sua máxima realização,³⁷ e se inserem, ao lado das mencionadas leis premiaias, em uma linha de tendência já observada no sentido da mudança de paradigma do nosso sistema penal.

Se de fato se consideram a forte incidência penal trazida pelo novo Código aos dois acordos ou transações, e também o alargamento das medidas alternativas à pena introduzido pela Lei penitenciária de 1975 e, depois, pela Lei Gozzini de 1986, podemos, sem dúvida, falar de uma reforma indireta e não declarada do direito penal substancial, precisamente de uma forte redução das penas obtidas não pela redução de sua duração por via legal, mas mediante técnicas persuasórias do tipo premiador – na fase pré-judicial das investigações e naquela pós-judicial da execução –, tendentes a coagir, em primeiro lugar, o comportamento processual do imputado e, depois, aquele disciplinar do condenado. Um similar resultado –

a redução das penas em troca da colaboração primeiro do imputado e, depois, do condenado e uma maior eficiência do sistema processual e do governo do cárcere – foi alcançado por meio de três alterações do sistema, que correspondem a outras tantas lesões deste no plano garantista. Em primeiro lugar, a ampliação desmesurada do índice de discricionariedade da administração da justiça penal, desvinculada de qualquer critério legal, e conferida ao Ministério Público antes que ao juiz e à autoridade da execução depois do juízo. Em segundo lugar, a marginalização do momento jurisdicional em sentido próprio, ou seja, da fase de debates, e que, espremida entre a fase pré-judiciária da detenção preventiva e dos acordos alternativos ao processo e aquela pós-judiciária das medidas alternativas à pena, é destinada a tornar-se, com a sua bem estruturada forma acusatória e garantista, não a regra mas a exceção, reservada aos imputados imbuídos de maior coragem, ou que possam bancar defesas custosas, mas, também, àqueles quantos tenham a desfortuna de encontrar um Ministério Público não disposto a negociar. Em terceiro lugar, a divergência crescente entre a pena legalmente estabelecida, a pena irrogada e a pena descontada e, conseqüentemente, a sua desigualdade, a incerteza e a substancial extralegalidade do direito penal.

Estas três alterações e, em particular, a divergência entre a normatividade e a efetividade do sistema penal, minam pela raiz a função garantista da jurisdição penal e com ela a sua específica fonte de legitimação. Para removê-la, isto é, para restaurar ao máximo o grau de correspondência entre as penas legalmente impostas, as penas irrogadas e as penas descontadas, e, com elas, a certeza do direito e a indisponibilidade das situações penais, o caminho é evidentemente apenas um: uma rápida reforma do Código Penal substancial, com base em uma redefinição e reclassificação dos bens fundamentais merecedores da tutela penal, que levariam a dois resultados: antes de tudo, à despenalização de todos os delitos hoje punidos com penas pecuniárias ou que possam ser alvo de sanções substitutivas, maneira pela qual seria reabilitada a natureza da pena como *extrema ratio* em relação aos outros instrumentos sancionatórios; em segundo lugar, uma drástica redução das penas de detenção legalmente previstas, em medida similar àquelas que possam ser diminuídas por meio dos acordos pré-judiciais e pela aplicação pós-judicial de medidas alternativas à pena. Em concreto isto significa a abolição da pena perpétua, a fixação do máximo da pena de detenção legalmente prevista para qualquer crime a não mais que 10 anos, e a transformação em penas legalmente previstas das atuais medidas alternativas. É, pois, evidente que a redução seja dos crimes que das penas importa na supressão das transações, motivadas hoje pela necessidade de arrefecer o trabalho judiciário, e com estas da pesada estrutura bifásica do nosso processo, que, como se disse no parágrafo 41.5, é, sobretudo por elas, finalizado.

Uma tal redução das penas e a conseqüente simplificação do sentido acusatório do processo penal representam hoje, no meu modo de ver, os objetivos primários de uma política garantista do direito penal. Talvez para se chegar a tais resultados este longo caminho através das transações e das medidas alternativas seja um custo necessário. Em um país que ainda em 1978 se pronunciou por larga maioria em favor da pena perpétua seria, pois, inevitável, para se alcançar a redução das penas, encaminhar a reforma do Código Penal e operar sobre a fase pós-judiciária da execução e sobre aquela pré-judiciária do acordo. Mas uma similar interpretação das linhas de tendência do nosso sistema penal supõe que as rupturas da estrita legalidade penal, que assinalam as alternativas ao processo e à pena nas fases pré e pós-judiciária, não sejam exaltadas por si, como tende a demonstrar a cultura processual predominante, mas sejam, ao invés, reconhecidos aberta-

mente aqueles *custos* transitórios necessários em uma difícil fase histórica destinada a ser superada o mais rápido possível. Se assim não fosse, o novo Código equivaleria a uma estabilização e, por muitos aspectos, a um reforço dos institutos de emergência nos quais teria, pura e simplesmente, feito alterações de fachada.

NOTAS

⁽¹⁾ A tese da não constitucionalização do princípio é sustentada por C. Esposito, Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., p. 96 e ss., segundo o qual o art. 25 da Constituição “significa” apenas “que ninguém pode ser punido senão pela violação de uma norma penal anterior ao fato, que deve ser expressa em uma lei em sentido estrito” e que “não exclui que delineada a figura típica delictuosa, em modo substancial e genérico pela lei, e fixada genericamente a pena, possa ser confiada a outras fontes ou ao juiz, com base nos critérios fixados nas normas, de determinar ulteriormente o tipo penal abstrato ou concreto dos crimes e as medidas das penas”, (Cf. também idem, L’art. 25 della Costituzione e l’art. 1 del Codice Penale, *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 537 e ss.); de R. A. Frosali, Sistema penal e italiano, Utet, Torino, 1958, I, 341, que tendo se manifestado na página 320 “de acordo” com o princípio constitucional de legalidade ou de certeza, a proibição da analogia, declara assim admissíveis crimes “de conteúdo muito indeterminado... como de resto tem-se já de iuri pelos assim denominados “crimes de suspeitos”; por G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 495, que, ainda que ambigualmente, afirma que “o princípio de estrita legalidade não pode ser considerado violado, mas seria apenas aliviado no seu rigor e na garantia que ele representa para a liberdade individual, onde a lei penal previse tipos criminosos particularmente latos ou de amplo espectro”; por C. F. Grosso, L’art 121 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza 18.6.1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale, *Giurisprudenza italiana*, 1961, I, c. 1.043-1.056, que realça a proibição da analogia na palavra “expressamente”, contida no art. 1.º, mas não no art. 25 da Constituição; A. Pagliaro, Legge penale, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXIII, 1973, p. 1.045-1.052, segundo o qual estão conformes com a Constituição não apenas os crimes que contenham expressões vagas e valorativas, mas igualmente aquelas “em branco”, que reenviam a outras fontes a determinação do preceito. A tese oposta, hoje dominante, é baseada sobre a *ratio* mais do que sobre a letra do art. 25 da Constituição, quanto ao requisito da taxatividade estabelecido pelo art. 13 para as medidas cautelares, sob o direito de defesa sancionado pelo art. 24 e pela obrigatoriedade da ação penal estabelecida pelo art. 112, que supõem ambos a taxatividade das figuras de crime: encontram-se estes argumentos em P. Nuvolone, Norme penali e principi costituzionali (1956), *Trent’anni di diritto e procedura penale*, cit., I, p. 682-683; idem, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 42-43; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 152 e ss., 229 e ss. e 277 e ss.; idem, *Teoria generale del reato*, cit., p. 46; idem, Legalità e crise, art. 25, commi 2.º e 3.º della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70, *La questione criminale*, 1980, 2-3, p. 209 e ss.; idem, Il 2.º e il 3.º comma dell’art. 25, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 256 e ss.; M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 25 e ss.; P. G. Grasso, Il principio ‘nullum crimen sine lege’ nella Costituzione italiana, Giuffrè, Milano, 1972, p. 103 e ss.; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 107 e ss.; I. C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p. 25 e ss. A Corte Constitucional por longo tempo foi surda ao vínculo constitucional da taxatividade (Sentença 27, de 27.05.1961), que puramente censurou em via de princípio as previsões penais “vazias de conteúdo” n. 23, de 23.03.1964, 36, de 19.05.1964, (Sent. 44 de 1964), e a tal ponto de “deixar à discricionariedade do intérprete a configuração do crime” (Sent. 7 de 1965). Uma concreta mudança de direção é encontrada com a importantíssima Sentença 96, de 09.04.1981, que estabeleceu a ilegitimidade constitucional do crime de plágio previsto pelo art. 603 do Código Penal “na medida em que contrasta com o princípio da taxatividade do tipo penal contido na reserva absoluta de lei consagrada pelo art. 25 da Constituição” (*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, p. 1.147-1.166, com nota di M. Boscarelli).

⁽²⁾ Neste sentido cf. F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 82-83, que utiliza, no entanto, o argumento sobretudo sustentado pela tese de que o delito deve ser “um ilícito formal de conteúdo necessariamente lesivo”, isto é, informado pelo princípio da ofensividade. Cf. também G. Marinucci, *Il reato come azione*, cit.

⁽³⁾ A tese é sustentada por F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 15-16, e, por último, por A. Fiorella, *Reato in generale*, cit., p. 793. Veja-se também, *supra*, o parágrafo 33.4. A essa tese se objetou que a Constituição não contempla, nem pode contemplar, todos os bens meritórios de tutela, dadas as transformações da realidade que acontecem após a sua emanção: cf. G. Pagliaro, *Principio di diritto penale, Parte generale* (1972), 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1980, p. 220; D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 498 e ss.; F. Bricola, *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, *Studi in memoria di G. Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, I, p. 107 e ss.; idem, *Tecniche di tutela penale*, cit., p. 22-29, que evidencia como a tese do limite constitucional que circunscreve a tutela penal apenas aos bens de relevância constitucional não comporta de fato a obrigação constitucional de tutela penal dos mesmos bens. Menos convincente do que este óbvio princípio do direito penal mínimo, da necessária proporcionalidade entre a qualidade da pena e os valores dos bens ofendidos pelo fato criminoso, parece-me, ao invés, o argumento sustentado também por Bricola, que da função pedagógica assinalada pela pena no art. 27, parágrafo 3.º, da Constituição, deriva a proibição ao legislador de reeducar com a pena o cidadão apenas nos casos dos valores ou bens constitucionais (*Teoria*, cit., p. 82, *Tecniche*, cit., p. 46 e ss.). Mais fundada e relevante é a tese que do art. 27, parágrafo 3.º, e do art. 25, parágrafo 2.º, da Constituição, deriva, com base na interpretação sistemática do texto constitucional, a inconstitucionalidade de todas as figuras de crime de perigo abstrato ou presumido e, portanto, a necessidade de interpretar um tipo penal de atentado, de instigação e de acordo com crimes de perigo concreto, ou alternativamente de reestruturá-los em tal sentido por via legislativa (F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 85-88; E. Gallo, *Il delitto di attentato*, cit.; F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit.).

⁽⁴⁾ A expressão "pessoal" usada pelo art. 27, parágrafo 1.º, da Constituição refere-se à totalidade psicofísica da pessoa e, por isso, interpretada no sentido de "culpável" ou "intencional", com a consequente exclusão da legitimidade constitucional das hipóteses de responsabilidade objetiva também por fato próprio inculpável (além de dizer por fato de outrem) por G. Bettiol, *Diritto penale* (1945), 9.ª ed., Cedam, Padova, 1976, p. 56 e ss. e 383; F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 51 e ss.; M. Spari, ob. cit., p. 53 e ss. e 66 e ss.; C. F. Grosso, *Responsabilità penale, Novissimo Digesto Italiano*, cit., XV, 1968, p. 713; G. D. Pisapia, *La nuova disciplina della responsabilità per i reati commessi a mezzo stampa*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958, p. 307-308; F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, ob. cit., 1981, p. 458 e ss.; A. Alessandri, *Art. 27, 1.ª alínea, Commentario della costituzione*, cit. A tese contrária, segundo a qual o art. 27, parágrafo 1.º, excluiaria apenas a responsabilidade por fato de outrem, foi sustentada por P. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 33 e ss., e por G. Vassalli, *Sull' illegittimità costituzionale dell' art. 57 n. 1 cod. pen.*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 218 e ss. A primeira tese foi sustentada pela Corte de Cassação (Sentenças de 24.05.1961 in *Foro penale*, 1963, p. 564, e de 04.03.1963, in *Cassazione penale*, 1964, p. 69 e ss.); a segunda, pela Corte Constitucional (Sentenças 3 de 1956, n. 107 de 1957, n. 39 de 1959, n. 79 de 1963 e n. 42 de 1966).

⁽⁵⁾ Para um aprofundamento destas indicações metodológicas, assim como da crítica da aproximação exclusivamente normativística, e daquela exclusivamente realística, reenvio o leitor aos parágrafos 26.3 e 58.2 e, também, ao meu *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 125 e ss. As teses de Kelsen e de Ross sobre a noção de "direito válido" ou "existente", identificado o primeiro com o "dever ser" normativo, e o segundo com o "ser" efetivo dos fenômenos jurídicos, já foram mencionadas nas notas 2, 8 e 3 do capítulo 7.

⁽⁶⁾ A história das reformas tentadas dos Códigos penais começa com a Liberação. Trata-se de um trabalho falido, e o balanço referente a estas atividades demonstra que não se andou muito além dos trabalhos de comissões parlamentares; recordem-se os inúteis trabalhos das comissões instituídas pelos ministros da justiça Tupini (1945), Grassi (1949), Moro (1956), Gonella (1960) e Reale (1963). Apenas em 1968 o ministro Gonella apresentou ao Parlamento um projeto de reforma de 94 artigos do livro 1.º do Código Penal, que foi discutido e aprovado pela Comissão de Justiça do Senado apenas em 02.07.1971, e depois reintroduzido na 6.ª legislatura e novamente aprovado pelo Senado em 31.01.1973 em um texto unificado com uma proposta denominada proposta Follieri para, depois, definitivamente tornar-se inútil. Tratava-se, de resto, de um simples restauro da superfície do Código Rocco, que foi justamente esquecido. Mais intensa e trabalhada é a história da reforma do Código de Processo Penal, finalmente terminado na 10.ª legislatura. À parte as primeiras tentativas

ministeriais – do “projeto de modificação para a atualização do Código”, apresentado em 1949 por uma comissão constituída pelo ministro Tupini em 22.01.1945, sob a responsabilidade de Carne-lutti, elaborada em 1963 por uma comissão instituída no ano anterior – a primeira iniciativa deita raízes em 10.10.1963, quando o ministro Bosco, do governo Leone, apresentou o primeiro projeto de lei delegada para a reforma de todos os Códigos, que terminou por não ter tido qualquer seqüência. Depois, em 06.04.1965, o ministro Reale, do governo Moro, apresentou um projeto de lei delegada para o Código de Processo Penal em 37 pontos, levados a 47 pela Comissão de Justiça da Câmara, que o aprovou em 1967, em sede só referente. Reapresentado na 5.^a legislatura pelo ministro Gonella, do segundo governo Leone, o projeto, em 50 pontos, foi aprovado pela Câmara e, depois, modificado pelo Senado, e ainda mais uma vez pela Câmara, que elevou os seus pontos a 76, para caducar, por fim, com as eleições antecipadas de 1962, sem que o Senado tivesse tido tempo de aprová-lo. Finalmente, na 6.^a legislatura, alcançou-se aprovação da primeira lei delegada – n. 108 de 03.04.1974 –, que previa em 85 pontos os princípios do novo processo, informados pelo modelo acusatório, e assinalava dois anos de tempo para redação do Código. Tal termo não foi, no entanto, respeitado, e acabou prorrogado por inúmeras vezes, com as Leis 199, de 05.05.1976, 309, de 23.05.1977, e 438, de 01.08.1978. Na 8.^a legislatura os trabalhos de Sísifo para reforma foram retomados lentamente: em 31.10.1979 o ministro Morlino apresentava um novo projeto de lei para a renovação da lei delegada de 1974, que propunha, em 21.02.1980, numerosas emendas (entre as quais um incidioso ponto 84-bis referente à “coordenação da atuação da lei delegada com os princípios da legislação vigente relativa à prevenção e à repressão da criminalidade terrorista e organizada”) e que, em 15.07.1982, viria a ser aprovada pela Comissão de Justiça da Câmara para ser, uma vez mais, novamente arquivada com o encerramento antecipado da legislatura. Na 9.^a legislatura um novo projeto de lei delegada foi apresentado pelo ministro Martinazzoli, aprovado pela Câmara em 18.07.1984, pelo Senado com modificações em 21.11.1986 e, definitivamente, pela Câmara em 27.01.1987. Ao final – com base na nova e piorada Lei delegada 81, de 16.02.1987, articulada em 105 pontos – o projeto preliminar do Código elaborado por uma comissão ministerial presidida por Giandomenico Pisapia viria a ser aprovado pelo Conselho de Ministros em 29.01.1988 e modificado com base em dois pareceres formulados em maio e em julho pela comissão parlamentar presidida por Marcello Gallo, e definitivamente aprovado com o DPR 447, de 22.09.1988 e publicado no *Diário Oficial* em 24.10.1988, que estabeleceu a sua entrada em vigor em 24.10.1989.

⁽⁷⁾ Com relação à denominada supletividade dos juízes em face dos outros poderes do Estado e os seus efeitos de distorção do sistema político, existe, de fato, uma riquíssima literatura. Limito-me a recordar: S. Rodotà, *Alla ricerca della libertà*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 255 e ss.; D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*, *Quaderni costituzionali*, 1983, I; idem, *La giustizia penale nella crisi: ragioni e rischi della tutela autoritaria*, *Funzioni e limiti del diritto penale*, cit., p. 193 e ss.; C. Viazzi, *La magistratura, i poteri; alcune riflessioni*, *Potere e giurisdizione*, *Atti del VI Congresso Nazionale di Magistratura Democratica*, Jovene, Napoli, 1985, p. 295 e ss.; R. Rossanda, *Conflitti sociali, supplenza giudiziaria e necessità di sedi 'politiche' per la loro mediazione*, ob. cit., p. 399 e ss.

⁽⁸⁾ Com relação à constitucionalidade dos decretos-lei e dos decretos legislativos em matéria penal, observe-se a perplexidade apontada por Franco Bricola, *Teoria*, cit. p. 40-41 e antes disso segue-se a citação de G. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 256-263; idem, *Una tendenza preoccupante: ripetutamente violato dal Governo e dal Parlamento il principio di riserva di legge in materia penale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1972, p. 248 e ss. Completamente convencido da constitucionalidade está A. Pagliaro, *Legge penale*, cit., p. 1.042-1.043, que de resto também admite como fontes legítimas do direito penal os “decretos governativos em tempo de guerra” e os “bandos militares”, sempre recorrendo à situação indicada no art. 78 da Constituição e, em caso de guerra inesperada, aplicando-se o princípio “necessitas legem non habet”, que como veremos nos capítulos que se seguem, é totalmente incompatível com o Estado de direito; em uma outra situação está F. C. Palazzo, *La recente legislazione penale* (1980), 3.^a ed., Cedam, Padova, 1985, p. 348, que todavia nega que para maior parte dos decretos-lei recentemente emanados em matéria penal recorre-se ao presuposto constitucional da necessidade e da urgência.

⁽⁹⁾ Para uma argumentação mais aprofundada da caracterização dos delitos associativos como delitos de suspeita faço menção ao meu *Sospetto (reati di)*, *Dizionario critico del diritto*, org. C. Donati, Savelli, 1980, p. 388-396.

⁽¹⁰⁾ Cf. F. Sgubbi, Meccanismi di ‘aggravamento’ della legalità e della tassatività nel Codice Rocco, *La questione criminale*, 1981, p. 319-322, fala a propósito em tipicidade dupla ou plúrima.

⁽¹¹⁾ Sobre esta questão: E. Dolcini. L'imputazione dell'evento aggravante, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 779 e ss.; F. Tagliarini. I delitti aggravati dall'evento, Cedam, Padova, 1981; A. Alessandri, ob. cit., p. 92-93.

⁽¹²⁾ Para alguns destes casos (em particular para aquele de erro ou ignorância) Ferrando Mantovani fala de responsabilidade *culpável anômala*, acreditando nesse caso surge não uma responsabilidade objetiva, mas mais propriamente uma responsabilidade culposa atribuída a título de dolo (Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta, *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 1981, II, p. 460). A questão é terminológica: resta o fato de que a culpa de um sujeito vem punida a título de dolo, isto é, mais gravemente por força apenas do elemento objetivo do crime. De maior relevo são as acuradas observações de Mantovani quanto aos casos de “responsabilidade objetiva occulta”, os quais se caminham nos crimes sem ofensa, nos quais faltem a consciência do desvalor do fato, na indução do dolo, ou mais freqüentemente da culpa, como base de inferência formulada com o auxílio de máximas de experiência, como, também, no fenômeno da inflação legislativa e no conseqüente desenvolvimento de um “ordenamento jurídico oculto”, que inevitavelmente é fugaz à consciência das pessoas (loc. cit., p. 469 e ss.).

⁽¹³⁾ Quanto à elaboração teórica na doutrina italiana da noção de “ilícito administrativo” e da distinção deste em relação ao penal, veja-se principalmente, Santi Romano, I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni (1898), *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, II, p. 75-121; Art. Rocco, sul cosiddetto diritto penale amministrativo (1909), *Opere*, cit., III; G. Zanobini, Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale (1921), in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 127 e ss.; idem, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924; J. Goldschmidt, Le contravvenzioni e la teoria del delitto penale amministrativo, *Rivista Penale*, 1925, p. 411 e ss.; F. Benvenuti, Autotutela, *Enciclopedia del diritto*, cit., IV, 1959, p. 538-556; E. Cannada Bartoli, Illecito (diritto amministrativo), ibidem, XX, 1970, p. 126 e ss.

⁽¹⁴⁾ Trata-se daquela forma de “responsabilidade objetiva occulta”, quanto ao caráter oculto das leis denunciadas, como se recordou na nota 12 em relação a Ferrando Mantovani. Recorde-se, também, que a presunção de conhecimento da lei penal é negada em parte pela recente Sentença 364 da Corte Constitucional, de 24.03.1988, que afirmou a escusa da “ignorância inevitável”.

⁽¹⁵⁾ O texto da Lei 689, de 1981, conjuntamente com aquele das Leis 317, de 1967, e 706, de 1975, e da Lei alemã de 24.05.1968 são mencionados no apêndice a M. Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1983. Com relação a estas leis e ao tema da despenalização, existe de fato uma vastíssima literatura: V. Bachelet, Problemi e prospettive della ‘depenalizzazione’ delle infrazioni in materia di circolazione stradale, *Memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1974, p. 2.233 e ss.; C. E. Paliero, Fonti e principi dell'illecito ‘depenalizzato’ (un'analisi di diritto comparato), *Temi*, 1978, p. 75 e ss.; idem, Note sulla disciplina dei reati ‘bagatellari’, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 920 e ss.; L. Dolcini e C. E. Paliero, L'illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania – Disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa, ob. cit., 1980, p. 1.134 e ss.; F. Ramacci, Principi ispiratori della depenalizzazione, *Studi senesi*, 1980, p. 158 e ss.; M. Siniscalco, Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema, *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 1981, p. 3-24; F. Bricola, La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta ‘reale’ nella politica criminale?, *Politica del diritto*, 1982, p. 359 e ss.; P. Nuvolone, Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana, *Indice penale*, 1982, p. 79 e ss.; F. Sgubbi, Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo, ob. cit., p. 253 e ss.; C. F. Grosso, Le nuove ‘modifiche al sistema penale’: principi generali e linee di tendenza, *Questione giustizia*, 1982, 2, p. 227-245; idem, Principi ispiratori e linee di tendenza della legge, in A.A.VV., *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, n. 689*, Angeli, Milano, 1982, p. 11-26; M. Scaparone, Aspetti procedurali della riforma, ob. cit., p. 27-34; C. Smuraglia, La legge 689/81 e il diritto penale del lavoro, ob. cit., p. 35-48; L. Pepino, *Profili di novità dell'intervento penale nella legge 689/81*, ob. cit., p. 145-158; S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Cedam, Padova, 1983; C. E. Paliero, *Minima non curat praetor*, Cedam, Padova, 1984; G. Baratti, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1984; T. Padovani, La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana, *Rivista Italia-*

na di Diritto e di Procedura Penale, 1983, p. 952-961; E. Dolcini, Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione, ob. cit., 1984, p. 589-625; F. C. Palazzo, ob. cit., p. 99-121; G. Marin; Sanzioni amministrative pecuniarie (Illecito colpito da), *Novissimo digesto italiano*, Appendice, cit., VI, 1986, p. 941-958.

⁽¹⁶⁾ Com relação ao “acordo” previsto no novo Código de Processo e das “sanções substitutivas” introduzidas pela Lei 689, de 1981, que antecipam o instituto, falarei nos parágrafos 44.4 e 45.5.

⁽¹⁷⁾ O regulamento carcerário de 1931, que permaneceu inalterado até 1975, era a tal ponto vexatório que superava largamente em aflição – caso raro no qual o dever ser normativo encontra-se em nível mais baixo do que a praxe efetiva – a sua própria aplicação prática. Recorde-se a norma que prescrevia o chamamento dos condenados não apenas pelo seu próprio nome mas “com o número da sua matrícula” (art. 78); aquela que dispunha o corte de barba e dos cabelos (art. 69); aquela relativa à vestimenta uniforme (art. 70); a proibição de canto (art. 86); dos jogos e de outras ocupações não expressamente consentidas pelo regulamento” (art. 93); a obrigação “quando não é obrigatório o silêncio” de “falar em voz baixa” (art. 82); também “para responder a perguntas ou para dar explicações às pessoas responsáveis pela vigilância ou instrução” (art. 84); a obrigação durante a hora de passeio de caminhar “em boa ordem sózinhos ou três a três, ou propriamente de permanecer sentado e falar em voz baixa” (art. 76); a proibição de “fazer observações indevidas aos empregados, aos agentes de custódia e às pessoas agregadas ao estabelecimento” e o dever de “obedecer prontamente e respeitosa-mente” (art. 79); a proibição de pedir a qualquer dos companheiros, “a qualquer tempo e por qualquer pretexto, comida, bebida e objetos” (art. 85) ou “dispor de alguma soma em favor de outros detentos” (art. 135); ou de “adquirir produtos manufaturados no estabelecimento” (art. 95, *caput*); a proibição de “devolver a palavra ou responder às pessoas admitidas a visitar o estabelecimento” (art. 84, *caput*), sendo que estas últimas, por sua vez, “não podem devolver a palavra aos detentos ou fazer observações que possam por ele ser escutadas” (art. 60); a proibição de comunicar-se com os “detentos de diferentes seções” (art. 81), de “expor suas reclamações na presença dos companheiros” (art. 91) ou pior, de insuflar “demandas ou reclamações coletivas” (art. 86); as limitações e os controles sobre os coloquios reservados apenas aos parentes próximos e por não mais do que meia hora a cada 15 dias (arts. 98 e 101); a leitura, o visto e a limitação na correspondência (arts. 103-105); o poder do diretor de “estabelecer quais livros os detidos poderiam ler” (art. 140); a obrigação para aqueles que não tenham declarado outra religião no momento do ingresso de “seguir as práticas coletivas do culto católico”, ficando imposto o dever de silêncio (“as orações durante as funções religiosas são feitas mentalmente e pronunciadas apenas pelo capelão”) (art. 142); e por fim o sistema das punições, por várias formas de isolamento no leito de contenção (arts. 153-172); assim como das recompensas – indo-se até a permissão do diretor de subsidiar a família necessitada ou de escrever mais freqüentemente e mais longamente à família, de modo que no entanto não se exceda aos “limites fixados” e similares (art. 151). Este regulamento total da vida carcerária era, também, integrado por um regulamento quase tão totalizante quanto (de 30.12.1937) para o corpo militar dos agentes de custódia, que fazia destes pouco mais que fazia em relação aos reclusos: obrigando-lhes a alojar-se no estabelecimento, a não se ausentar a não ser na hora da saída, e não se afastar sem especial permissão do lugar da sua residência (arts. 116 e 71); não lhes consentindo o matrimônio sem a permissão do Ministério em cada caso antes dos 30 anos (art. 49); submetendo-se a uma longa série de obrigações, proibições e relativas sanções, irrogáveis também para os casos de transgressões não previstas” (art. 86); consentindo-lhes, por fim, o uso das armas de fogo para dominar revoltas dos detentos ou para impedir fugas ou tentativas de fugas (art. 169 extensivo às Forças Armadas em serviço externo nos institutos pela Lei 374, de 25.06.1977). Um documento importante das condições do cárcere durante o fascismo foi oferecido por *Il Ponte*, V, 3, março 1949, intitulado “Carceri: esperienze e documenti”, que recolhe as contribuições e os testemunhos de Piero Calamandrei, Ricardo Bauer, Ernesto Battaglini, Massimo Mila, Vittorio Foa, Altiero Spinelli, Giancarlo Pajetta, Adele Bei, Emilio Lussu e Ernesto Rossi.

⁽¹⁸⁾ Para uma crítica mais analítica da Reforma carcerária de 1975, remeto ao meu texto Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria, *Problemi del socialismo*, 1974, 21-22, p. 420-439. Uma orientação decisivamente favorável à reforma (em particular a transformação da pena em tratamento e a introdução das medidas alternativas) foi expresso quase unanimemente pela cultura jurídica italiana, que antes da Lei Gozzini havia concentrado suas críticas sobretudo na sua falta de atuação: limito-me a recordar as coletâneas *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Editori Riuniti, Roma,

1973; *Carcere e società*, Marsilio, Venezia, 1976; *Il carcere riformato*, Il Mulino, Bologna, 1977; *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, Milano, 1977; *Il carcere dopo le riforme*, Feltrinelli, Milano, 1979; *Lo stato di attuazione della legge penitenziaria e il ruolo degli enti locali*, Marsilio, Venezia, 1979; *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981; *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, Bologna, 1982; *Carcere '80*, Dedalo, Bari, 1983; *Quali garanzie*, cit., p. 257-354. Para uma análise crítica, veja-se, ao invés: M. Pavarini, L'execução della pena, *Codice penale. Parte generale*, org. F. Bricola, Utet, Torino, 1983, vol. III, p. 1.083-1.229; G. A. Mosconi (org.), *L'altro carcere*, Cleup, Padova, 1982. Particularmente instrutivo é o livro de I. Capelli, *Gli avanzzi della giustizia. Diario del giudice di sorveglianza*, Editori Riuniti, Roma, 1988.

⁽¹⁹⁾ Os primeiros cárceres especiais – em Favignana, em Cuneo, em Trani, e em Fossombrone e na ilha de Assinara – foram instituídos em julho e agosto de 1977. Pouco depois foram criados outros quatro: em Novara, em Termini Imerese, em Nuoro e, para as mulheres, em Messina e Volterra. Quanto à ausência de quaisquer fundamentos normativos na sua instituição veja-se: L. Ferrajoli, 1977: Ordine pubblico e legislazione eccezionale, *La questione criminale*, 1977, 3, p. 368 e ss.; R. Canosa, *Le libertà in Italia. I diritti civili e sociali nell'ultimo decennio*, Einaudi, Torino, 1981, p. 51-57; T. Padovani, Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 285 e ss.

⁽²⁰⁾ Com relação à Lei Gozzini de 1986, vejamos as avaliações substancialmente positivas, embora com fundamentos diversos, de S. Margara, La modifica delle legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere, *Questione giustizia*, 1986, 3, p. 519-548; E. Bruti Liberati, Dieci anni di riforma penitenziaria, ob. cit., 1987, 3, p. 611-624; L. Daga, Prime osservazioni sull'applicazione della legge n. 663/1986, ob. cit., p. 625-650 (com amplos dados estatísticos com relação à reforma de 1975 e da Lei de 1986); N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., em sentido crítico, ao invés, M. Pavarini, L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno'. (Osservazioni su ordinamento penitenziario e ruolo della pena), *Questione giustizia*, 1986, 4, p. 804-816; G. Bronzini e M. Palma, La riforma penitenziaria tra riduzionismo e differenziazione, *Dei delitti e delle pene*, 1986, 3, p. 489-500; idem, La riforma della riforma, *Antigone*, 1986, n. 7, p. 27; G. Mosconi, La legge Gozzini: una riforma nel conflitto, *Critica del diritto*, 40-41, 1986, p. 5-16; E. Fassone, Luci ed ombre della "Legge Gozzini", *Questione giustizia*, 1987, 3, p. 651-661. Para um balanço quanto aos efeitos da Lei Gozzini depois de 2 anos da sua emanação, veja-se o fascículo de *Inchiesta*, n. 79-80, 1988, dedicado a "Opinione pubblica e criminalità: quali alternative al carcere" e em particular a intervenção de G. Mosconi, Le trasformazioni della pena nello spazio della cultura diffusa, p. 1-12, e de A. Di Lazzaro, Le misure alternative alla detenzione, prima e dopo la legge Gozzini, p. 27-40, com quadros detalhados estatísticos em relação às variações da população carcerária e à aplicação de quaisquer medidas alternativas entre 1981 e 1987.

⁽²¹⁾ Sobre as "sanções substitutivas" introduzidas pela Lei 689, de 1981, que, de fato, antecipam o instituto, veja-se além dos trabalhos mencionados na nota 15, G. Lozzi e G. Neppi Modona, Commento agli artt. 77-85 l. 689-81, *Legislazione penale*, 1982, p. 359 e ss.; P. G. Agostino, Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi applicate con pronuncia di condanna (art. 53-76), in A.A.VV., *Modifiche al sistema penale*, cit., p. 61-77; A. Perduca, Il potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva (art. 58), ob. cit., p. 78-85; A. Pignatelli, L'applicazione delle sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato (artt. 77-85), ob. cit., p. 86-92; M. Chiavario, 'Patteggiamento' e potere discrezionale del giudice, ob. cit., p. 139-144; F. C. Palazzo, Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 819-845; F. Giunta, Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi e interpretativi del capo III della legge 689 del 1981, ob. cit., 1985, p. 481-532. Dois aspectos da lei – o veto da acusação pública (arts. 77 e 78) e a aplicação da sanção substitutiva com consequente extinção do crime (art. 77) apenas no caso de condenação à pena de detenção e igualmente à pena pecuniária (art. 53) – foram alterados por outras tantas exceções de inconstitucionalidade conforme sublinhado pelo pretor Amos Pignatelli (Torino, 16.12.1981), Giancarlo Scarpari (Bologna, 15.12.1981) e relatadas em *Questione giustizia*, 1982, 2, p. 245-247.

⁽²²⁾ A letra da lei – "diminuída de até um terço" – representa uma típica ambigüidade, cuja solução o legislador irresponsavelmente deixou ao encargo da jurisprudência. Não é de fato claro se a palavra "terço" se refira à medida da pena (sendo que nesse caso o acordo é possível onde a pena mínima irrogável não supere os seis anos – ou nove, se se reconhece a uma atenuante) ou se àquela para sua diminuição (em cujo caso é possível a aplicação onde a pena mínima e irrogável não supere os três anos – ou quatro e meio, tendo-se em conta as eventuais atenuantes). A questão é decisiva, e diz respei-

to não apenas à medida do benefício e, portanto, ao grau de conveniência do imputado em realizar o acordo, mas, também, ao campo de aplicabilidade do instituto, sendo que, caso se acolha a primeira tese, se estende à quase totalidade dos crimes. A favor de tal tese existe um argumento lógico. Se a palavra “terço” se referisse à diminuição da pena bem como a ela em si, o benefício penal então expresso seria irracionalmente inferior àquele acordado com o juízo abreviado, no qual a pena é “diminuída de um terzo”, tendo-se em conta que nesse caso se reclame apenas um acordo quanto ao rito e não, com um acordo quanto à pena, a admissão de responsabilidade por parte do imputado. De resto a expressão “diminuída de até um terzo” foi substituída no texto definitivo da lei delegada por uma emenda aprovada na Comissão de Justiça do Senado, em 05.11.1986, pela expressão “diminuída de não mais de um terzo”, que figurava no texto do projeto de lei aprovado pela Câmara em 18.07.1984.

⁽²³⁾ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, *Gazzetta Ufficiale*, suppl. 2 ao n. 250 de 24.10.1988, p. 106.

⁽²⁴⁾ A tese de incompatibilidade da prisão perpétua com a função reeducativa da pena enunciada pela Constituição – ao menos se “reeducação” é entendida não em sentido moral mas no sentido de recuperação ou de reinserção social – foi aventada por F. Carnelutti, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, t. 1, p. 2 e ss.; no mesmo sentido, cf. V. Grevi, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 1978, p. 60 e ss., que critica a resistência a tal argumento oposta pela Cassação e pela Corte Constitucional. A inconstitucionalidade da prisão perpétua foi sustentada com o argumento de que a sua “fixação abstrata” não consentiria com a idéia de individualização e adequação da pena à personalidade do condenado, por F. Bricola, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 202 e ss.; idem, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 365 e ss. A coisa extraordinária é que estes argumentos tenham aberto de fato uma brecha na jurisprudência da Corte Constitucional sem, todavia, induzi-la a pronunciar a inconstitucionalidade: em primeiro lugar a Sentença 264, de 21.11.1974, a qual declarou que a prisão perpétua não é incompatível com a finalidade reeducativa de pena, sendo possível conceder depois de 28 anos a liberdade condicional; posteriormente a Sentença 274, de 27.09.1983, admitiu com o mesmo argumento a possibilidade de conceder-se à prisão perpétua a redução de pena prevista pela Lei de 1975 (e depois estendida àquela de 1986). Temos aqui o paradoxo de que a *pena perpétua* é declarada legítima enquanto em realidade seja *não perpétua*. Vejamos também sobre o tema E. Dolcini, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1974, p. 345 e ss.; C. E. Paliero, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, ob. cit., 1981, p. 726 e ss.; E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della 'pena costituzionale'*, ob. cit., 1984, p. 799-832.

⁽²⁵⁾ *Codice della natura*, cit., p. 162. Recorde-se também que o art. 57, *caput*, da Lei toscana de Pedro Leopoldo de 1786, que exclui qualquer consequência infamante ou de qualquer maneira negativa do “delito passado”, após a expiação da pena cumprida pelo réu.

⁽²⁶⁾ Cf., por exemplo: G. Conso, *Verso il nuovo processo penale*. È in corso il dibattito sul projeto preliminar del 1988, *La giustizia penale*, abril 1988, p. 289, que julga o texto do novo Código “fascinante na sua implantação global, genial nas suas soluções cruciais, estimulante na variedade das suas alternativas, e ao mesmo tempo complexo e robusto”.

⁽²⁷⁾ A respeito da lógica do segredo no projeto de lei delegada para a promulgação do novo Código de Processo Penal, apresentado na 8.ª legislatura, recordem-se as palavras – em parte válidas também para o Código posteriormente aprovado – de P. Nuvolone, *Segreto istruttorio e informazione, Quali garanzie*, cit., p. 419: “a lógica do segredo permanece também com a abolição da fase instrutória: trata-se de fato de uma abolição terminológica porque a investigação preliminar do Ministério Público é em realidade instrutória e assim são os denominados incidentes instrutórios. Segue-se, pois, que é uma fase processual coberta ao menos parcialmente no que diz respeito às provas e ao próprio início da ação penal (a comunicação judiciária deve ser notificada apenas depois de 30 dias do registro do procedimento) de um segredo interno; ibidem, p. 417: “Na prática o parcial e maquinoso método corretivo denominado incidente instrutório” – hoje denominado “probatório” e disciplinado pelos arts. 390-401 do Código de Processo Penal – foi reproposto como modelo de instrução sumária, atribuindo-se eficácia probatória “direta ou indireta” aos atos nele realizados, em alguns dos quais, mesmo importantes (por exemplo testemunhais), foi excluída a intervenção da defesa. Sob a veste aparente de um processo acusatório do tipo anglo-saxão, praticamente se reforçou o caráter inquisitório do processo”.

⁽²⁸⁾ “Indubitavelmente” – afirma a *Relazione al progetto*, cit., p. 47, depois de ter excluído entre os motivos da dilação a vontade de impedir o preso de consultar-se com um defensor antes do interrogatório ou da audiência de convalidação da medida cautelar –, “tendo em conta que os termos em que deve ser desenvolvida tal audiência são inferiores àquele máximo possível para a dilação, haverá certamente casos nos quais a dilação em si mesma terá como consequência o impedimento daquelas consultas. Mas deve tratar-se de uma mera consequência de um provimento justificado por outras razões”.

⁽²⁹⁾ Veja-se, a respeito das resistências culturais que sempre se opõem às inovações garantistas de um novo processo, W. Antillon, *Del proceso y la cultura*, relatório sobre a Convenção sobre o novo Código de Processo Penal argentino que se realizou em Buenos Aires de 02 a 06.05.1988, que se refere à experiência da Costa Rica.

⁽³⁰⁾ Cf. *La relazione al progetto preliminare*, cit., p. 104: “Foi eficazmente dito no curso da aprovação da lei delegada que o novo processo funcionará se conseguirmos fazer após o debate apenas uma parte pequena dos processos (intervenção Cassini na Câmara dos deputados, na seção de 10.07.1984)”; *Relazione a texto definitivo del codice di procedura penale*, ob. cit., p. 164: “Ambos estes ritos” – a aplicação da pena a requerimento das partes e o juízo abreviado – “foram introduzidos com a convicção de que no novo sistema terão ampla difusão e contribuirão para a rápida definição da maior parte dos processos”. Cf. também em G. Conso, op. cit., p. 292-293: “o projeto então antes de idealizar o debate, procura preveni-lo” como “uma eventualidade residual, para os casos em que se torne verdadeiramente inevitável... o importante é que o recurso aos ritos alternativos seja favorecido ao máximo”.

⁽³¹⁾ *Relazione al progetto*, cit., p. 104.

⁽³²⁾ “Durante os trabalhos preparatórios do Código revogado” – escrevia em 1930 Edoardo Masari, em referência ao Código de Processo de 1913 e comentando o Código Rocco –, “foi examinada a conveniência de introduzir... a denominada renúncia do imputado ao debate, tendo como base a legislação anglo-americana e a espanhola. Mas tal inovação não teve sorte, por um obséquio às tradições liberais dos modernos institutos processuais, contrários a dar plena eficácia probante à confissão do imputado, assim como à forma pública do debate e à intervenção do defensor técnico” (*Le dottrine generali del processo penale*, cit., p. 43). Sobre os perversos efeitos do *Plea bargaining* nos Estados Unidos, veja-se os trabalhos citados na nota 117 do capítulo 9.

⁽³³⁾ *Relazione*, cit., p. 110.

⁽³⁴⁾ Acerca da medida da redução de pena e do campo de aplicação do instituto – para saber se a expressão “até um terço” refere-se à pena e se a sua diminuição se estende a todos os delitos em que a pena mínima em abstrato não supere os seis anos (ou mesmo nove, caso seja reconhecida qualquer atenuante) –, veja-se a nota 22. Em todos os casos a lei permite a suspensão condicional da pena acordada e a extinção do crime depois de 5 anos (arts. 444, parágrafo 3.º, e 445, *caput*).

⁽³⁵⁾ “Qual contrato é este?”, perguntava Pagano, “com o qual os doutores sonharam?. O Ministério Público não é senão um acusador, o executor da lei. Desta forma não pode, tampouco, abrir mão ou alterar a lei. O réu deve ao Estado o exemplo da pena contratada com a sociedade em virtude do crime cometido, pena esta que não pode ser alterada ou abandonada pelo acusador. Mas os nossos forenses confundiram as várias funções da soberania, a faculdade legislativa e a executiva. Não tiveram nunca distintas idéias de tais coisas. Ocupando-se apenas do direito privado, ignoraram suas obrigações públicas. É sonho, pois, e um sofisma este imaginário contrato” (*Considerazioni sul processo criminale*, cit., XXIII, p. 112-113). Contra as contrações e as outras formas de “sugestões ao imputado”, cf. o parágrafo 41.2 e as notas 299-306 do capítulo 9.

⁽³⁶⁾ A expressão é de G. Conso, ob. cit., p. 293.

⁽³⁷⁾ “O importante é que o recurso aos ritos alternativos seja estimulado ao máximo. Grandes são as potencialidades de aplicação a eles insitas, ao ponto que dos seus destinos podem depender aqueles do Código como um todo. De resto, já há algum tempo o cenário se transformou, a mitigação do debate é uma realidade, como a mitigação da idéia de que o processo deva necessariamente percorrer todos os graus de jurisdição. A inversão de tendência foi iniciada muito timidamente com a reforma penitenciária de 1975, prosseguindo com a Lei de Despenalização de 1988 e cominando, por hora, na Lei Gozzini de outubro de 1986” (G. Conso, loc. ult. cit.) E a propósito do juízo abreviado também para os crimes puníveis com a prisão perpétua: “É esta uma verdadeira pedra angular... (que) inverte todos os precedentes. Atualmente pode haver a condenação fora do campo do debate apenas quando da atuação

do pretor e na imposição de uma pena pecuniária. Por sua vez, as propostas de ampliação até agora formuladas não diziam respeito a outros casos de condenação à pena de detenção com o benefício da suspensão condicional. A sua ampliação para além de quaisquer limites máximos constitui um ato de coragem a ser apoiada plenamente, como é de ser apoiada a "chance que se oferece ao imputado para passar do juízo imediato para o juízo abreviado" (ob. cit., p. 292).

NOTAS DO TRADUTOR

^{NT1} O autor emprega no original em italiano a palavra *giurisdizionalità*, que traduzimos pela expressão "submissão à jurisdição" por abarcar, nos vários trechos em que foi empregada, a riqueza conceitual expressa pelo vocábulo em italiano.

^{NT2} O autor emprega no texto original a palavra *deviazione*, que será traduzida preferencialmente como desvio. Em certo sentido também poderá ser empregada a palavra marginalidade, na tradução.

^{NT3} O autor emprega a expressão *senso novelistico*, aqui traduzido pela expressão *reformas pontuais*, que sugerem mais precisamente a movimentação legislativa indicada pelo autor.

O SUBSISTEMA PENAL DE POLÍCIA

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 46. OS BINÁRIOS MÚLTIPLOS DA DEFESA SOCIAL: 1. O monopólio penal da violência e a sua inefetividade; 2. A polícia e as suas funções; 3. Tipologia das medidas de polícia. A periculosidade e o suspeito – 47. A CUSTÓDIA CAUTELAR: 1. Crise da jurisdição e cárcere preventivo; 2. O desenvolvimento do encarceramento preventivo na Itália. O labirinto legislativo; 3. Usos e abusos judiciários do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória – 48. AS MEDIDAS DE SEGURANÇA: 1. O “duplo binário” punitivo do Código Rocco; 2. A natureza administrativa das medidas de segurança. As lesões ao princípio da retribuição; 3. As lesões ao princípio da estrita legalidade; 4. A lesão ao princípio da estrita submissão à jurisdição – 49. AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO: 1. “Classes perigosas” e “pessoas perigosas”. A prevenção de polícia na legislação oitocentista e durante o fascismo; 2. A legislação com relação a pessoas perigosas na Itália republicana. As medidas de prevenção contra os menores; 3. Sujeitos perigosos e pessoas suspeitas – 50. AS MEDIDAS CAUTELARES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA: 1. O direito processual de polícia; 2. Os poderes de prisão da polícia judiciária; 3. Os poderes instrutórios da polícia no processo ordinário – 51. AS MEDIDAS DE ORDEM PÚBLICA: 1. A ordem pública; 2. Medidas ordinárias de administração policialesca; 3. Medidas de exceção, o estado de assédio e os vários estados de perigo.

46. OS BINÁRIOS MÚLTIPLOS DA DEFESA SOCIAL

1. O monopólio penal da violência e a sua inefetividade

O primeiro pressuposto da função garantista do direito e do processo penal é o monopólio legal e judiciário da violência repressiva. Tanto o direito como o processo garantem contra o arbítrio, na medida em que representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força para fins de defesa social. Pouco importa que em um país não exista pena de morte se a morte é infligida ilegalmente, como sucede em muitos regimes ditatoriais ou, também, por meios extralegais, como sucede em muitos países avançados nos confrontos constantes e injustificados entre a polícia e os delinquentes. Pouco importa que no processo penal o interrogatório judiciário seja circundado de mil garantias de defesa, se, após, não é sempre admitida, como acontece na Itália, a intervenção do defensor antes do primeiro contato entre o indiciado e a polícia ou com a acusação pública. Pouco importa também que a Constituição garanta em vias de princípio o *habeas corpus* e o monopólio exclusivo da autoridade judiciária em tema de liberdade pessoal, se as prisões de polícia vêm ilegalmente acontecen-

do, ou mesmo se à polícia são conferidos, pela mesma lei, poderes largamente discricionários de restrição dessa mesma liberdade. Assim importa, sobretudo, o grau de efetividade do edifício teórico e normativo que é o direito penal e processual, e que os crimes e as penas sejam aqueles estabelecidos pela lei penal, e que a verificação dos primeiros e a irrogação das segundas advenham apenas por obra de autoridade e mediante formas jurisdicionais.

Dessa forma se recoloca, então, a propósito das atividades policiais, o problema prejudicial do garantismo penal: a variação mais ou menos ampla que sempre existe entre normatividade e efetividade, entre direito e praxe, entre imagem legal e funções reais, entre dever ser e ser de um sistema punitivo. Podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais. O caso limite e dramático acontece quando a variação entre o nível normativo da legalidade e aquele efetivo da realidade alcança as formas terríveis experimentadas nos regimes militares da América Latina. Mas também nos ordenamentos nos quais o princípio de legalidade é formalmente respeitado o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais.

Devemos reconhecer que neste trabalho de duplicação do sistema punitivo a Itália foi um país guia. A originalidade do nosso sistema penal, que foi edificado pelo legislador liberal, e, posteriormente, pelo legislador fascista até aquele republicano, composto de dois subsistemas postados segundo técnicas normativas diversas: o subsistema estritamente penal, informado pelo respeito ao menos tendente e de fachada aos princípios constitucionais e garantistas; e o subsistema de polícia e de ordem pública, fundado nas instâncias de defesa social e em desacordo com aqueles princípios já mencionados. Assim, nossos legisladores puderam trabalhar uma substancial dissolução dos princípios garantistas penais e processuais com um simples jogo de palavras: chamando “medidas” de prevenção, ou de segurança, ou cautelares, ou de polícia sanções restritivas ou limitações processuais à liberdade substancialmente similares às penas, liberando-as, contudo, de todos os impactos garantistas.

Disto deriva uma diferenciação do nosso sistema punitivo, a qual se agrega àquela analisada no capítulo precedente: de um lado o *direito penal e processual ordinário*, dominado por via de princípio pela estrita legalidade e pela estrita submissão à jurisdição, e pelas garantias conexas da não derrogação da jurisdição e taxatividade do fato, das predefinições legais e da determinação judiciária da medida da pena, da materialidade da ação, da concreta ofensividade do evento, da culpabilidade do autor, da presunção da inocência, do ônus da prova e do contraditório, assim como a motivação, a publicidade, a oralidade e a legalidade do processo e do procedimento; de um outro lado, um *direito penal e processual administrativo*, de atribuição em grande parte da polícia, mas, também, em parte da magistratura, e dominado de forma ampla pela discricionariedade administrativa. O primeiro é o direito penal e processual em sentido próprio, do qual se falou até agora, com funções de *repressão* dos crimes por meio das penas aplicadas *post delictum*, por via jurisdicional; o segundo, não menos relevante que o primeiro quanto à incidência sobre a liberdade pessoal, é o direito penal e processual de polícia, com funções de *prevenção* dos crimes e, de maneira mais geral, das turbações da ordem pública, feito através da defesa social *ante* ou *extra delictum*, aplicado por via administrativa a sujeitos “perigosos” ou “suspeitos”.

Este segundo subsistema, em contraste com os princípios constitucionais do Estado de direito e da estrita legalidade, os quais assinalam ao direito penal a função da prevenção

(dos crimes ainda não cometidos) apenas por meio da repressão (dos delitos já cometidos) pode sobreviver e desenvolver-se graças ao crédito constante a ele tributado pela doutrina penal dominante. Na fórmula ambígua da “prevenção penal” – que se encontra dissociada das garantias de retribuição e em contradição com o princípio de estrita legalidade – a nossa literatura penal, de forma geral, quis ver um “indiscutível progresso”¹ e uma feliz modernização do tradicional sistema clássico – liberal, fundado exclusivamente na repressão (ou retribuição) dos “fatos cometidos” previstos pela lei e verificáveis em juízo como crimes.

A orientação doutrinária comumente aclamada como aquela que de maior maneira contribui a creditar no nosso ordenamento as diversas medidas de defesa social (em particular as medidas de segurança e aquelas de prevenção) é a italiana da “Escola Positiva”. Enrico Ferri conseguiu por fim solidificar a idéia de um “Código preventivo, que se contrapõe a quase todos os artigos do Código Penal”.² Esta idéia foi retomada por Silvio Longhi e por muitos outros juristas positivistas, que, em parte, defenderam – e em parte reclamaram – o desenvolvimento das múltiplas articulações policiaescas do nosso sistema penal.³ Não se pode esquecer, todavia – seja pela época e o regime político nos quais foram sistematizados e codificados, seja, sobretudo, pela identidade do esquema teórico que o fundamenta – que estas medidas reafirmam em larga parte um modelo nazista do “tipo normativo de autor” (*Tätertip*) e aquele staliniano do “inimigo do povo”. O pressuposto geral da sua aplicação não é, de fato, a comissão de um crime, mas uma simples qualidade pessoal determinada vez a vez com critérios puramente potestativos: aquela de “suspeito” ou de “perigoso”, associada muitas vezes a elementos sintomáticos como a condição do condenado, ou do reincidente, ou do ocioso, ou do vagabundo ou similar. A sua natureza, por outro lado, se inscreve naquele mais amplo, indeterminado e variado universo, nascido principalmente das praxes e colocado às margens do direito penal e daquele administrativo que é denominado de *direito de polícia*.

É evidente que o processo de democratização da justiça penal cresce com a redução do subsistema penal preventivo ou de polícia, e com a extensão daquele ordinário ou retributivo. E cresce, sobretudo, com a redação do amplo subsistema dos abusos e desvios formados pela praxe extralegal da polícia, e, portanto, da diferença entre normatividade e efetividade do monopólio penal e judiciário da violência estatal. Com relação a este aspecto, o novo Código de Processo Penal representou por um lado um progresso e, por outro, um regresso: um progresso para o redimensionamento da doença do nosso sistema processual, que era manifestada pela encarceração preventiva; um regresso em face da introdução dos ritos alternativos ao processo, que são os acordos ou transações, e que pertencendo a um subsistema penal ordinário ou retributivo representam uma mutação em sentido administrativo e policialesco.

2. A polícia e as suas funções

A polícia, escreveu Walter Benjamin, é uma “mescla” de “duas espécies de violência”: aquela que “põe e que conserva o direito”, em via de princípio separada e destinada respectivamente ao Poder Legislativo e aquele Judiciário, além de, obviamente, ao Poder Executivo.⁴ Esta sua particular característica, que a torna participante de todos os poderes do Estado, depende da ambigüidade do seu papel e da sua colocação institucional. A polícia é, de fato, uma atividade administrativa formalmente organizada e dependente do Poder Executivo. Diversamente dos outros ramos da administração pública, ela é uma

administração que tem diretamente que ver com as liberdades fundamentais; e tem que ver não apenas enquanto função auxiliar da jurisdição, mas, também, em virtude de competências próprias e autônomas, como aquelas variantes preventivas e cautelares, exercitadas em relação aos sujeitos perigosos ou suspeitos. É por isso que a sua “força” se manifesta como “violência”; e é dela que provém a sua latente legitimidade em relação ao paradigma do Estado de direito. De um lado, *periculosidade* e *suspeito* são, pela sua natureza, incompatíveis com as formas de estrita legalidade, dado que fogem a uma clara predeterminação legal e deixam espaço a medidas em branco baseadas em valorações tanto opinativas quanto não controláveis. De outro lado, estas medidas não têm relação apenas com interesses gerais, legitimamente administráveis pelo Executivo por força de sua investidura majoritária, mas incidem em direitos de liberdades individuais, cujas limitações deveriam ser subtraídas do poder administrativo, ou da maioria, e sujeitas em via exclusiva às formas jurisdicionais.

Graças à sua ambígua configuração como função administrativa, auxiliar àquela *judiciária*, a polícia foge, em suma, do monopólio penal da violência institucional, que no Estado de direito é reservado de um lado à *lei*, com os vínculos de forma e de substância expressos pelas *garantias penais* e, por outro, ao *juízo*, nas formas reclamadas pelas *garantias processuais*. Ela se coloca, como disse Benjamin, em uma zona limite entre legislação e jurisdição, gozando da discricionariedade de uma e da força da outra, sendo, todavia, desvinculada das limitações e das fontes de legitimação em si mesma. Sob esse aspecto, a polícia é, ao mesmo tempo, uma instituição moderna e um resíduo do *Ancien Régime*. Sua função substancial e também sua forma organizadora foram forjadas durante a Monarquia absoluta, com cujo espírito se conjugam perfeitamente,⁵ enquanto é totalmente moderna a contradição institucional entre as suas vocações tendentemente absolutas e as formas legais do Estado de direito e da divisão de poderes. “Embora a polícia, em seu particular, se assemelhe onde quer que seja”, afirma ainda Benjamin, “não se pode, todavia, deixar de reconhecer que o seu espírito é menos destrutivo onde ela encana (na monarquia absoluta) o poder do soberano, no seio do qual convive a amplitude do Poder Legislativo e Executivo, que nas democracias).⁶

De outra parte, é característica própria do século passado, com a consolidação do Estado liberal, que as funções e os aparatos de polícia – transcurados, ou pior, creditados pela literatura iluminista⁷ – tenham tido o seu desenvolvimento máximo. Trata-se de um crescimento completamente desordenado e, por assim dizer, subterrâneo, que se manifestou em uma imponente legislação pontual, ao lado, como um direito inferior e complementar, das grandes codificações penais e processuais.⁸ As linhas de desenvolvimento e as matérias deste direito policialesco são essencialmente três: antes de tudo, a prevenção especial *ante delictum* contra as “classes perigosas”, em geral os “sujeitos perigosos”; em segundo lugar, as funções cautelares *ante iudicium* e/ou de polícia judiciária contra os “suspeitos”, auxiliares ao processo e tanto mais favorecidas nos ordenamentos continentais pelo caráter misto do processo; em terceiro lugar, o direito de exceção *extra legem*, de várias maneiras informado pela razão de Estado, ou ainda mais contingentemente por razões políticas de controle social.

A este desenvolvimento crescente e persuasivo contribuiu – já se disse – também a cultura jurídica com o seu explícito aval e, mais freqüentemente, com a sua indiferença e o seu desinteresse. O direito de polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos. Manifesta-se, todavia,

nesta matéria, uma espécie de esquizofrenia da ciência jurídica: tão atenta aos limites entre direito penal e administrativo, com respeito às contravenções e aos outros delitos de bagatela e, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem à despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policiaes e administrativas restritivas da liberdade pessoal.⁹

É difícil compreender esta negligência intelectual sem uma reflexão mais geral do ponto de vista político e sociológico da ciência jurídica. Parece-me que se pode individualizar, sumariamente, ao menos três razões. A primeira é uma bizarra hierarquia nobiliárquica estabelecida a partir do direito romano entre as diversas ordens e ramos dos estudos jurídicos: antes de todos o direito civil, depois o direito público, depois o penal e apenas por último o direito e a praxe de polícia, quase a dizer que, quanto mais o direito é contaminado pela violência e nele é difícil e incerta a legitimação, tanto menos será meritório de estudo e de reflexão teórica e axiológica. A segunda razão é um tipo de consciência cativa, e consiste no fato de que a polícia obsta pela sua natureza as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito – do princípio da legalidade à divisão dos poderes e à inviolabilidade dos direitos fundamentais – e não se apresentam de acordo com as doutrinas liberais democráticas dos fundamentos políticos do Estado moderno, dos quais assim revela as margens da inefetividade. Ao final, aquela transcuração é um sinal não reflexionado, mas inconfundível, dos tratamentos de classe da denominada cultura jurídica como daquela política: as medidas de polícia, especialmente aquelas de prevenção e de ordem pública são, de fato, destinadas de formas prevalente aos que não se encontram no exercício do poder e aos marginalizados – subtrabalhadores, prostitutas, vagabundos, ociosos, desocupados, subocupados, imigrantes e similares – de forma que o seu estudo resulta também por sua vez marginalizado dos tradicionais interesses acadêmicos. Por esta razão as medidas de polícia não se apresentam, a diferença das medidas penais, nas estatísticas judiciais e nas informações sociológicas, e não menos na reflexão teórica e na análise doutrinária.

3. Tipologia das medidas de polícia. A periculosidade e o suspeito

Na lógica do Estado de direito, as funções de polícia deveriam ser limitadas a apenas três atividades: a atividade investigativa, com respeito aos crimes e aos ilícitos administrativos, a atividade de prevenção de uns ou de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração. Nenhuma destas atividades deveria comportar o exercício de poderes autônomos sobre as liberdades civis e sobre os outros direitos fundamentais. As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender.

A atual promiscuidade, seja subjetiva (dos aparatos) que objetiva (das funções), não permite, por seu turno, caracterizar a =polícia nem sob o aspecto organizacional nem sob o aspecto funcional. Por isto, no definir e no classificar a atividade e as medidas de polícia, penso que se deva levar em conta unicamente os seus traços substanciais: precisamente a

ausência dos vínculos legais e jurisdicionais, assim como das sanções policiais, que ao lado das penas, incidem sob a liberdade pessoal, assim como os seus pressupostos, que à diferença dos crimes não têm taxativa predeterminação legal.

Estas conotações substanciais das funções de polícia emergem não só na atividade dos sujeitos e dos aparatos formalmente policiais, mas, também, naqueles dos sujeitos e dos aparatos formalmente judiciários. No primeiro caso, podemos falar de *polícia* com funções *para-judiciárias* (pela substância penal ou punitiva das medidas sancionatórias); no segundo, de *magistratura* com funções *para-policialescas* (pela substância administrativa e potestativa dos seus pressupostos). Estas duas contaminações desenvolveram-se paralelamente na legislação do século XIX, e são, em seu conjunto, lesivas ao sistema de garantias penais e processuais próprias do Estado de direito: “foi uma batalha constante nos ordenamentos das nações”, escreveu Carrara, “que sob os governos despóticos o ofício de polícia se amalgamasse com o júri primitivo; e de forma ciumenta tivessem sido separados sob os regimentos liberais”.¹⁰ Como é próprio do *Polizeistaat*, a confusão de todas as funções executivas em um único poder: no “poder de governar, no qual estão compreendidos”, segundo palavras de Hegel, “o Poder Judiciário e aquele de polícia, que, mais imediatamente, têm relação com a particularidade da sociedade civil, e fazem valer, nesta finalidade, o interesse geral”.¹¹

Destas duas contaminações – correspondentes, respectivamente, ao modelo *S9* do “Estado de polícia” e ao modelo *S10*, da “justiça de cádi”, formalizada no capítulo 2 – a mais grave talvez seja a segunda, em vista da abusiva legitimação proveniente das funções e das medidas substancialmente policiais da natureza judiciária do órgão aos quais estão coligadas, e pela corrupção do costume judiciário que tendem a produzir também no subsistema penal ordinário. Também as lesões entre subsistemas já lembradas no capítulo precedente correspondem, obviamente, a outras tantas perversões policiais da função judiciária. Mas enquanto estas oscilam entre a fisiologia e a patologia de todos os ordenamentos penais, de modo a caracterizar o modelo limite e mais plenamente realizável do sistema *SG* e do próprio modelo constitucional, as formas de justiça de cádi, da qual falarei neste capítulo, são institucionalmente policiais e como tais politicamente ilegítimas.

Medidas, ainda que subjetivamente, e medidas, apenas objetivamente, de polícia serão, portanto, aqui tratadas unitariamente e reclassificadas sistematicamente. É verdadeiramente incerta, confusa e deturpada a terminologia empregada na matéria pela literatura jurídica. Chamarei, portanto, *medidas de polícia* todas as sanções ou medidas de defesa e controle social diversas da “pena”, mas da mesma maneira restritivas da liberdade pessoal ou de outros direitos fundamentais, isto é, todo aquele amplo espectro de provimentos coercitivos e de potestades policiais erigidos em grande parte pela legislação liberal do século XVIII (leis referentes à segurança pública e leis pós-unificação contra as classes perigosas), sistematizadas de forma orgânica pelo legislador fascista (Código Rocco de 1930 e o texto único de leis de segurança pública de 1931) e posteriormente desenvolvido pelo legislador republicano (as leis com relação às pessoas perigosas de 1956, lei antimáfia de 1965 e a legislação excepcional dos anos setenta). Nesse conjunto ainda incluirei: a) a *custódia cautelar*; b) as *medidas de segurança*; c) as *medidas de prevenção*; d) as *medidas cautelares de polícia judiciária*; e) as *medidas de ordem pública*. Dentro da custódia cautelar, as medidas de segurança e algumas daquelas de prevenção são de competência da autoridade judiciária, enquanto outras medidas são de atribuição da polícia ou até mesmo do Poder Executivo. Todas elas, porém, como se mostrará, têm característica substancial-

mente administrativa e não jurisdicional: em primeiro lugar por causa da sua natureza não retributiva (de um fato antijurídico), mas preventiva, ou quando muito cautelar; em segundo lugar, e conseqüentemente, por sua natureza em prevalência potestativa que, de fato, dela subtrai integralmente todas as garantias sejam penais ou processuais. Por esta razão configuram no seu conjunto um potente sistema de *direito penal e processual preventivo* ao lado do *direito penal e processual ordinário*, organicamente unitário, não obstante a extrínseca heterogeneidade, dotado ao final de uma capacidade de repressão e de controle social não menor do que aquela do inteiro subsistema ordinário e bem maior, de qualquer forma, do quanto faria supor a escassa atenção dedicada a ele pela cultura jurídica.

47. A CUSTÓDIA CAUTELAR

1. Crise da jurisdição e cárcere preventivo

Já ilustrei no parágrafo 38 os perfis de ilegitimidade do encarceramento preventivo e, por outro lado, o seu abuso crescente na nossa experiência judiciária. Aqueles perfis – por força dos quais a detenção *ante iudicium* encontra-se em contraste com todos os princípios de um sistema garantista – impõem tratar este instituto como uma medida preventiva e policialesca, pertencente por esta razão não ao subsistema penal e processual penal ordinário, mas àquele administrativo. É verdade que o encarceramento preventivo é o momento do processo ordinário e é ordenado por um juiz. Todavia, por causa dos seus pressupostos, da sua modalidade e da sua dimensão assumida, tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo.

O instituto, previsto pelo art. 13, parágrafo 5.º, da Constituição (“A lei estabelecerá os limites máximos de encarceramento preventivo”), desenvolveu-se de forma efetiva no sentido já criticado da função puramente processual assinalada por Beccaria e ainda hoje pela doutrina progressista: aquele de uma medida cautelar rigidamente circunscrita no tempo e voltada à garantia de justiça quem é fortemente indiciado dos delitos de particular gravidade ainda que subsista o “perigo de fuga” ou de “turvação das provas”. O art. 274, c, do novo Código de Processo – da mesma maneira que o art. 4 da Lei 532, de 12.08.1982, que por sua vez havia retomado uma norma ditada pelo art. 1, parágrafo 3.º, da Lei 152, de 22.05.1975, em tema de liberdade provisória – assumiu explicitamente a natureza de uma medida de defesa social, incluindo entre os seus pressupostos a periculosidade social do imputado: precisamente o “concreto perigo” que, “pela específica modalidade e circunstâncias do fato e pela personalidade do imputado... este cometa graves delitos com uso de armas ou de outros meios de violência pessoal ou voltados contra a ordem constitucional ou, ainda, delitos de criminalidade organizada ou da mesma espécie daquele pelo qual se exercita a perseguição”.

Esta transformação passou tanto pela via legislativa como pela via judiciária. Antes de tudo, foi fruto de uma interminável série de leis adotadas nos anos da emergência e que tornou uma vez mais o cárcere preventivo uma medida sempre menos excepcional e sempre mais automática. Em segundo lugar, foi efeito de um abuso crescente do instituto por obra dos magistrados: pela emissão sistemática de mandados de captura não motivados, com módulos estereotipados e com base em frágeis indícios e, sobretudo, pela sua finalização tendente a objetivos ilegítimos, como a constrição do imputado à confissão ou à

elisão, por meio de provimentos de captura reiterados, das normas referentes ao não encarceramento, em face de decadência dos termos máximos. A mudança do nome contido no art. 11 da Lei 398, de 1984 – de “custódia preventiva” para “custódia cautelar” – não é suficiente para cobrir a mudança em sentido inverso da coisa: não mais medida cautelar, mas pena antecipada e/ou preventiva na pendência do processo, destinada a impedir a lentidão deste, mas tendo na prática o efeito de favorecê-la.

2. O desenvolvimento do encarceramento preventivo na Itália. O labirinto legislativo

Para compreender a posição central que a prisão preventiva assumiu nos anos passados no nosso sistema penal, o argumento mais eloquente e indubitável é aquele estatístico. Cumpre recordar que até 1955 o encarceramento preventivo não encontrava termos máximos. Todavia, os presos preventivos que aguardavam julgamento constituíam apenas um terço do total.¹² Introduzidos os termos máximos – primeiro com a Lei 517, de 18.06.1955, apenas para a fase instrutória, depois com o Decreto-lei 192, de 1.º.05.1970, também para os outros graus de jurisdição – que poderiam ser repetidos, tal percentual é agora inexoravelmente acrescido até alcançar, em 1982, 70%, para, posteriormente, atestar-se, depois da redução dos termos em 1984, e depois com a reforma 1988, que alcançasse a metade do total; e, paralelamente, cresceu a duração dos processos.¹³ Isto significa que os termos atuaram mais do que como limite máximo, como limite mínimo da detenção preventiva, ou da duração das causas, ou seja, como autorização implícita a tornar lentos os processos e a manter o imputado em cárcere por quase toda a extensão do procedimento.

Este resultado foi produzido por uma legislação aluvial que gerou, nos anos setenta e oitenta, um deveras intrincado “labirinto aritmético-topográfico-legislativo”, como o denominou Franco Cordeiro,¹⁴ propiciado por incontáveis causas de aumento a metade ou a um terço em relação às precedentes qualificadoras, ou sobre outros tipos de aumento de vários termos, segundo as diversas fases e graus de julgamento, segundo as diversas penas em concreto e segundo os diversos juízes competentes relativamente aos diversos crimes apurados. O momento de maior intensidade da história desse instituto – do qual no parágrafo 38.2 recordou-se o tratamento desde o século passado até 1970 – foi o ano de 1974, no qual houve o incremento da legislação de emergência. É de 11.04.1974 o Decreto-lei 99, que duplicou os tempos máximos de encarceramento preventivo para os últimos graus de jurisdição, elevando-os, nos delitos mais graves, a até 8 anos (art. 1, parágrafo 5.º, n. 3). Segue-se a Lei Reale 152, de 22.05.1975, que introduziu a proibição da liberdade provisória para numerosos delitos (art. 1) e ampliou as hipóteses de prisão temporária judiciária por força de atividade de polícia (art. 3). Depois, a extensão operada pelo art. 1 do Decreto-lei 151, de 30.04.1977, referente às hipóteses de suspensão do decurso dos termos nos casos de reenvio devidos a impedimentos pelo imputado. Depois para os crimes de terrorismo, o prolongamento de um terço de todos os termos precedentes – até o máximo de 10 anos e 8 meses – compreendido nos arts. 10 e 11 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979. Ainda a redução dos termos máximos para a fase instrutória e o reflexo para as outras fases na medida da metade para os crimes mais leves e de um quarto para os crimes mais graves – salvo a possibilidade do aumento motivado de um terço para os crimes de máfia e de terrorismo e apenas para a fase instrutória –, assim como a redução a seis anos da duração máxima para qualquer crime previsto pela Lei 398, de 28.07.1984. Mas, depois – ainda – a suspensão dos termos máximos para o tempo de reenvio devido a impedimento dos defensores, o não cômputo dos dias de audiência e de deliberação da sentença senão ao final da duração conjunta da medida e, de outro

lado, a possibilidade, mas apenas nos processos de máfia e de terrorismo, de uma prorrogação motivada dos termos até a metade, para a fase compreendida entre a sentença de primeiro grau e aquela de segundo, estabelecida pelos arts. 1, 2 e 5 da Lei 29, de 17.02.1987.

Ao mesmo tempo, foram progressivamente aumentados, nos anos de emergência, os casos de prisão obrigatória: não apenas os delitos punidos com prisão perpétua e com pena não inferior no mínimo a 5 anos e no máximo a 15 (ou a 10, para os delitos contra a personalidade do Estado), e aqueles de alienação ou compra de escravos, de tráfico de entorpecentes, e de falsificação de moedas (art. 253 do Código de Processo Penal, modificado pelo art. 7 da Lei 517, de 18.06.1955), mas também todos os delitos, aqui incluídos os mais leves, agravados pela finalidade de terrorismo (art. 8 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979), assim como o delito de associação do tipo mafioso (art. 5 da Lei 646, de 13.09.1982) e dos delitos de caráter financeiro, ou societário, cometidos por pessoas já condenadas por associações mafiosas ou já submetidos à medida de prevenção no sentido da Lei 575, de 31.05.1965 (art. 28 da Lei 646 de 13.09.1982). Posteriormente, foi estendida a prisão facultativa – contemplada pelo velho art. 254 do Código de Processo Penal apenas para os delitos punidos com pena não inferior no máximo a 3 anos (ou a 2 para os reincidentes específicos ou não, ou nos casos de perigo de fuga, ou a 5 anos para os delitos culposos) – a todos os delitos, ainda que contravencionais, de poluição das águas cometidos pelos reincidentes (art. 21, parágrafo 4.º, da Lei 319, de 10.05.1976). E foi estendida várias vezes, até a formulação do art. 8 da Lei 398, de 28.07.1984, a proibição de liberdade provisória, que havia sido suprimida pela denominada “Lei Valpreda” 775, de 15.12.1972, e reintroduzida para vários crimes pelo art. 1 da “Lei Reale” 152, de 22.05.1975. Por fim, o art. 1 da Lei 8, de 27.01.1986, que converteu com modificações o Decreto-lei 685, de 29.11.1985, introduziu a possibilidade de recaptura, voltando-se a zero todos os termos, do imputado já detido e no aguardo de julgamento, que tivesse violado as obrigações a ele impostas quando de sua libertação.

A reforma do Código de Processo, antecipada nesta parte pela Lei 330, de 05.08.1988, simplificou notavelmente toda esta situação. Antes de tudo, destinou exclusivamente ao juiz o poder de limitação da liberdade do imputado (arts. 279 e 291-292), reservando ao Ministério Público apenas o poder de prisão temporária do indiciado conferido de resto também à polícia judiciária (art. 384). Em segundo lugar, suprimiu a obrigatoriedade do mandado de captura, subordinando-o em todos os casos à subsistência não apenas de “graves” (mas também “suficientes” como dizia o velho art. 252) indícios de culpabilidade (art. 273), mas, igualmente, de qualquer dos três perigos já recordados: o perigo “para aquisição e genuinidade da prova” – um caso no qual o juiz deve fixar a duração da medida (arts. 292, *caput*, d e 301) –, aquele de que o imputado (venha a fugir) e aquele que diz respeito “aos cometimentos de graves delitos” do tipo de delito que seja cometido com o uso de armas ou contra a ordem constitucional (art. 274). Em terceiro lugar, reduziu notavelmente os termos máximos da custódia preventiva, para todos os crimes punidos ao máximo com 20 anos de reclusão, a 4 anos, para até a emissão do decreto que encerra esse grau de jurisdição, ou até a pronúncia da sentença de primeiro grau, ou até a condenação de apelo, e até a sentença definitiva; e para todos os outros delitos a 2 anos, para os quais 6 ou 3 meses (segundo a pena máxima supere ou ao menos os 6 anos de reclusão) para fase preliminar e 6 meses para quaisquer dos três graus de juízo (art. 303); em quarto lugar estabeleceu que, quando se trate de tóxico-dependentes, para os quais existam programas terapêuticos, ou de mulheres grávidas ou que amamentem a prole, ou de pessoas que se

encontram em condições de saúde particularmente graves ou que superaram os 60 anos de idade, a custódia carcerária pode ser determinada apenas para “exigências cautelares de excepcional relevância” (art. 275, parágrafo 4.º); e que em todos os casos ela possa ser ordenada apenas caso se “mostrem inadequadas” todas as outras medidas cautelares (art. 275, parágrafo 3.º) sejam coercitivas ou de interdição: como a proibição de expatriação (art. 281), a obrigação de apresentar-se periodicamente à polícia judiciária (art. 282); a proibição ou obrigação de pernoite em determinados lugares (art. 283); as prisões domiciliares (art. 284), ainda que apenas para uma parte da jornada (arts. 283, parágrafo 4.º e 284, parágrafo 3.º); a suspensão do exercício do pátrio poder (art. 288), ou de um ofício ou serviço público (art. 289); e a proibição de exercitar determinadas atividades profissionais ou empresariais (art. 289); em quinto lugar, estabeleceu que o indiciado deve ser advertido no momento da prisão quanto a sua faculdade de nomear um defensor, e que este, ou um defensor de ofício, deve ser imediatamente informado (art. 293); e que o juiz deve interrogar o indiciado no prazo não superior a 5 dias, sobre pena da perda da eficácia da medida (arts. 294 e 302) e revogar esta última ou substituí-la por uma mais branda sempre que haja a mudança dos seus pressupostos (arts. 299 e 301). No resto, a reforma, grosso modo, confirmou os lineamentos do velho instituto. Os delitos para os quais o mandado de captura pode ser admitido são aqueles (ainda que culposos) punidos com a reclusão “superior” (ou se se quiser, “não inferior”) no máximo a 3 anos (art. 287). As “exigências cautelares” que justificam a captura preventiva permanecem as mesmas, tendo sido incluída, como já se disse, também a periculosidade do imputado (art. 274, c). Novamente é prevista a substituição com a custódia cautelar de outras medidas cautelares em caso de transgressão às prescrições impostas (art. 276), bem como a recaptura do imputado em caso de intempestividade das obrigações prescritas depois da liberação do cárcere em decorrência dos termos ou do perigo de fuga da sentença de condenação (art. 307, *caput*). Por fim, previu-se a possibilidade de prorrogação até a metade da duração da custódia estabelecida na fase preliminar (art. 305, *caput*), restando como nos casos de recaptura, que a duração completa da custódia não pode mais superar aquela máxima prevista pela lei (arts. 307, parágrafo 3.º, e 303, parágrafo 4.º).

No entanto, o teto máximo de 4 anos de custódia cautelar (ou de 2 anos para o crime cuja pena máxima não supere os 6 anos) pode ser burlado graças a um outro legado da emergência. O art. 304 estabelece de fato três causas de suspensão do decurso dos termos, que são as mesmas – com exceção da perícia psiquiátrica do imputado, prevista agora como motivo de prorrogação (art. 305, parágrafo 1.º) – contempladas pelo velho Código: o tempo no qual o debate é suspenso ou postergado por impedimento ou por requisição não justificada da exigência probatória do imputado ou de seu defensor, aquele em que falta o indiciado à apresentação ou afastamento deste último, e aquele nos quais são tidas as audiências ou se delibera a sentença, no caso de debates particularmente complexos para crimes do tipo associativo ou terrorista, ou ainda, com grande número de imputados (art. 304, parágrafos 1.º e 2.º). Em todos estes casos – diz o parágrafo 4.º do art. 304, inserido no Código às vésperas da sua aprovação – “a duração da custódia cautelar”, “não pode superar os dois terços do máximo da pena prevista para o crime perseguido ou reconhecido na sentença”; o que significa dizer que para os crimes punidos com o máximo da reclusão ou com a pena de prisão perpétua “equiparada a tal fim”, do mesmo parágrafo, “a pena máxima temporal”, que é de 24 anos, a duração máxima da custódia cautelar alcançável com a suspensão é de 16 anos.

3. Usos e abusos judiciários do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória

A metástase legislativa da década passada favoreceu (e por sua vez foi favorecida) pelos abusos do instituto na praxe judiciária. De um lado, de fato, a promulgação dos termos encorajou a utilização da captura *ante iudicium* e determinou, por via reflexa, o alongamento e a expansão desta; de outro lado, o desenvolvimento do cárcere preventivo, como meio de administração ordinária da justiça, constrangeu vez a vez o legislador a predispor termos sempre mais altos em relação a sempre maiores disfunções instrutórias produzidas pela elefantíase dos processos. Produziu-se, em suma, um tipo de espiral, por força da qual a praxe perversa, alimentada pela natureza do instituto, solicitou dela ulteriores perversões legislativas, que acabaram por provocar ulteriores perversões judiciárias e assim por diante.

O traço inconfundivelmente policialesco do instituto – que foi demonstrado no parágrafo 38, com a incompatibilidade em relação a todas as garantias penais e processuais, e antes de toda a presunção de não culpabilidade – resta no caráter arbitrário, em todos os casos não cognitivo, mas potestativo dos seus pressupostos. Pela sua natureza, de fato, não são passíveis de provas ou desmentidos nem “a gravidade” dos indícios de culpabilidade, tampouco as razões opinativas que possam fazer supor o “perigo” de fuga, ou de turvação da prova ou de futuros delitos por parte do imputado. Este último motivo de captura, em particular, é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar.

Policialescas, de outra parte, são também as duas funções efetivas – de ordem punitiva e processual – desenvolvidas com prevalência pela polícia. A primeira função é aquela ligada à sua natureza de *pena antecipada*. Sob tal aspecto, a captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, a medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal de que já se falou no parágrafo 44.5. Com três diferenças que a tornam mais pesadamente punitiva do que a própria pena. Antes de tudo, a captura é “preventiva” em um duplo sentido: no sentido de que tem um papel de prevenção geral não baseado, contudo, como aquele da pena, na ameaça legal, mas diretamente no caráter exemplar da sua irrogação judiciária; e no sentido de que são preventivas as medidas, sendo cominadas não apenas com base em provas, mas na simples suspeição de culpabilidade, ou, pior, na presunção de periculosidade social do réu. Em segundo lugar, realiza uma regressão à pena publicizada conjunta ao segredo do processo que foi própria do *Ancien Régime*: também na hodierna sociedade de comunicação de massas, de fato, tanto são públicas, espetaculares e estigmatizantes a captura e a acusação que sobre ela se faz, quanto são secretos o processo, as provas e as escusas instrutórias. Enfim, esta é mais aflitiva do que a pena em sentido próprio, não sendo aliviada com nenhuma das medidas alternativas e dos variados benefícios previstos para pena no ordenamento carcerário; surge aqui exatamente o contrário do quanto foi teorizado pela tradição penal liberal – de Hobbes a Filangieri e a Carrara –, a qual admitiu a custódia preventiva apenas diferenciada pela pena ou da pena pelo seu caráter menos vexatório e menos restritivo dos direitos do detento.¹⁵

A segunda função hoje assumida pelo cárcere preventivo é aquela diretamente *inquisitória*. De forma cada vez mais comum a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar. Este uso do cárcere como meio de

intimidação e de pressão sobre o imputado é tipicamente policiaisco. Os métodos “de polícia” no sentido pejorativo – forçar o suspeito torturando-o e impondo-lhe sofrimentos e expiações – entram através dele no costume judiciário. E o processo novamente se rebaixa a uma relação de força com o imputado, induzido à confissão e à delação pelo temor do cárcere e pela esperança de liberdade, e a acusação pública, que auto-reflexivamente experimenta *in corpore vili*, como na antiga tortura,¹⁶ as suas hipóteses acusatórias. Agrege-se a distorção já acenada dos tempos e das fases do processo: o debate fica diminuído e, por assim dizer, esvaziado em relação à simultânea expansão, seja penal que processual, de um lado da fase de investigações, na qual se prejudga o juízo e se pré-pune o imputado; de outro, na fase executiva, na qual se pós-julga o condenado e se (re)determina concretamente a pena. Similar convergência encoraja a defesa a freqüentemente fazer acordos tendo como base uma pena injusta, mas reduzida, rápida e ulteriormente negociável e que pode ser ainda mais reduzida em sede executiva tomando a forma de benefícios e medidas alternativas, tudo isso para se evitar a manutenção por anos do pesado regime da detenção preventiva.

Justamente o desenvolvimento na recente legislação penitenciária e processual das alternativas à pena e ao processo, torna ainda mais intolerável o instituto da custódia preventiva e vem a reclamar – não apenas pela sua intrínseca ilegitimidade, mas também pelos maiores paradoxos que pode provocar – a abolição e, em tempo breve, a gradual restrição. Com relação a esta perspectiva, a reforma apenas traçada pelo Código de Processo Penal é um primeiro e ainda tímido passo. O termo de quatro anos de custódia previsto pelo art. 303 é ainda muito alto, e viria a ser diminuído, sem possibilidade de derrogação ao limite máximo, a fim de reduzir não apenas a afluência mas, também, os abusos. Dever-se-iam limitar ao máximo os pressupostos da medida – deixados pela reforma quase inalterados –, reduzindo-se o número dos crimes para os quais ela possa ser aplicada, ou restringindo-se ou, ainda melhor, precisando-se as suas fundamentações, que deveriam ser unicamente processuais e não de prevenção de perigo de futuros delitos e além disso sujeitos, até a duração da detenção, a controles e motivações periódicas da sua persistência. Ao final, o caráter afluente da sentença deveria ser reduzido ao mínimo: se é verdade que ela não tem natureza punitiva, mas cautelar, e que seu afluente é, portanto, uma injustiça, o cidadão que a ela é submetido deveria ao menos ter o direito de cumpri-la em institutos dotados de todas as comodidades de um bom albergue.

48. AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1. O “duplo binário” punitivo do Código Rocco

As medidas de segurança foram introduzidas ao lado das penas pelo Código Penal vigente de 1930 (arts. 199-240). Os arts. 215 e 236 previam 10 tipos: (a) 8 medidas de segurança *pessoal* (art. 215) das quais (aa) 4 *detentivas*, que são por seu turno (aaa) o encaminhamento a uma *colônia agrícola* ou a uma *casa de trabalho* (arts. 216-218), (aab) a manutenção em uma *casa de custódia e tratamento* (arts. 219-221), (aac) a manutenção em um *hospital psiquiátrico* (art. 222), (aad) o encaminhamento a um *reformatório judiciário* (arts. 223-227), e (ab) quatro de *não detenção*, que são (aba) a *liberdade vigiada* (arts. 228-232), (abb) a proibição de *pernoite* em mais de uma comuna ou província (art. 233), (abc) a *proibição de freqüentar cantinas e espaços públicos de consumo de bebida alcoólica* (art. 234), (abd) a *expulsão do estrangeiro* do estado (235), (b) duas medidas de

segurança *patrimoniais* (art. 236), que são (ba) a *caução* de uma boa conduta (arts. 237-239) e (bb) o *confisco* (art. 240).

Este articulado sistema sancionatório colocou-se ao lado do sistema das penas, dando vida a um ordenamento denominado “dualista” ou “duplo binário”, isto é, fundado na aplicação conjunta da pena e da medida de segurança. Das penas, a medida de segurança se distingue pelo seu pressuposto diverso, que não é tanto, ou apenas não é sempre, o cometimento de um crime, mas sim a qualificação da pessoa como “socialmente perigosa” pela probabilidade que cometa qualquer delito futuro (arts. 202-203). Sob estes aspectos as medidas de segurança, ainda que aplicadas pelo juiz penal, e na maior parte das vezes, quando da prolação de uma sentença (art. 205), são em substância medidas de defesa social por demais similares às medidas de prevenção distintas da pena, repisando ao lado daquela o paradigma constitutivo da relevância associada à natureza do sujeito desviante, assim como aos comportamentos por ele cometidos. De fato, constituem uma duplicação das penas, às quais se acrescem por ocasião da condenação e às quais se substituem por ocasião do reconhecimento da ausência de imputabilidade. Em particular as medidas de segurança de detenção infligidas com a sentença de condenação e exauridas depois da expiação da pena (art. 211) não diferem desta no conteúdo senão pela maior aflição devida à indeterminação da sua duração (art. 208).

É certo que a maior contribuição à introdução das medidas de segurança no nosso ordenamento, ou quanto menos a sua legitimação ideológica, foi um legado da “Escola Positiva”, ou antropológica do direito penal, que, como se viu, substituiu a categoria da responsabilidade por aquela da periculosidade, e concebeu o crime como “um sintoma” de patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas. Esta abordagem doutrina substancial, alimentada do progresso humanitário, foi recebida pelo legislador fascista, que a introduziu em um sistema penal duplamente vexatório, desamparado do princípio de estrita legalidade penal, e dos corolários conexos garantistas próprios do regime das penas, fundado decisivamente na personalidade do sujeito e na valoração da sua “periculosidade social”, constituindo, assim, um modelo do “tipo normativo de autor”. De resto, a função preventiva e de defesa social destas medidas foi explicitamente declarada por Rocco, que no seu prefácio do Código Penal a define como “meios de prevenções individuais da delinquência, tendo o caráter de integração dos meios repressivos de luta contra a criminalidade em geral e da pena em especial” e a justificou com “a necessidade de predispor novos, e em cada caso mais adequados, meios de luta contra as agressões à ordem jurídica, a serem adotados quando a pena seja por si ímpar ao escopo ou ainda faltem os pressupostos e as condições para sua aplicação”.

De tal modo, o Código Rocco, embora salvaguardando normativamente as garantias penais e processuais em tema de “penas”, acabou por renegá-las, colocando ao lado destas as “medidas de segurança”. A Constituição republicana – coerentemente com a concessão pedagógica à pena e ao direito penal por ela professada (art. 27, parágrafo 3.º) – legitimou-as, totalmente, prevendo as medidas de segurança e submetendo-as ao princípio de legalidade mera ou lata (art. 25, parágrafo 3.º): “ninguém pode ser submetido a uma medida de segurança senão nos casos previstos pela lei”, que retoma o art. 199 do Código Penal), de significado bem diverso do princípio da estrita legalidade penal.

2. A natureza administrativa das medidas de segurança. As lesões ao princípio de retribuição

O caráter jurisdicional e não administrativo das medidas de segurança é pudicamente negado pela maior parte da literatura penal com base em quatro circunstâncias: a sua disciplina no Código Penal, a sua aplicação por parte do juiz, o fato de que seguem (quase) sempre a comissão de um crime e o princípio de legalidade por elas afirmado no art. 25 da Constituição e pelo art. 199 do Código Penal.¹⁷ De tais circunstâncias, a primeira é relevante, a segunda é puramente extrínseca, a terceira é substancialmente desapegada das normas ditadas do Código e a quarta não corresponde à garantia de estrita legalidade reclamada no direito penal, mas àquela de legalidade lata que preside o exercício de qualquer poder público.

Em realidade, as medidas de segurança pertencem ao amplo e vasto espectro das medidas administrativas de polícia. Não apenas, de fato, a sua natureza administrativa se encontra declarada explicitamente na denominação do título VIII do Código Penal a ele dedicado (“Das medidas administrativas de segurança”), mas, sobretudo, representam os dois principais caracteres próprios dos provimentos administrativos: a *discricionariedade* da sua aplicação (arts. 202, 203 e 133 do Código Penal) e a sua sucessiva revogabilidade ou modificabilidade (arts. 207, do Código Penal, 679 do Código de Processo Penal e 69, parágrafo 4.º, da Reforma de 75, modificada pelo art. 21 da Lei 663, de 10.10.1986). Enfim, as medidas de segurança renegam todos os requisitos garantistas – retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição – que, como se disse no parágrafo 44.1, configuram o modelo normativo da pena no nosso ordenamento.

Em primeiro lugar não vige, em matéria de medida de segurança, o princípio de *retribuição* ou de consequência da sanção penal ao crime. De fato, se é verdade que o art. 202 do Código Penal estabelece no primeiro parágrafo que “as medidas de segurança podem ser aplicadas apenas às pessoas socialmente perigosas que tenham cometido um fato previsto pela lei como crime”, é também verdade que o segundo parágrafo do mesmo artigo estabelece que “a lei penal determina os casos nos quais a pessoas socialmente perigosa podem ser aplicadas medidas de segurança por um fato não previsto pela lei como crime”. Tais são os casos de “crimes impossíveis”, isto é, não puníveis “pela não idoneidade da ação ou pela inexistência do objeto desta” e pela conseguinte impossibilidade do “evento danoso ou perigoso” (art. 49, *caput*, do Código Penal); do “acordo não exaurido” ou da “instigação” não acolhida, uma e outra não puníveis (art. 115 do Código Penal); da evasão da medida de segurança (art. 214 do Código Penal); da transgressão das obrigações impostas com outras medidas de segurança (arts. 231, 233, parágrafo 3.º, 234 parágrafo 3.º, e 238 do Código Penal); também dos fatos objetivamente previstos como crimes, mas cometidos por pessoas não imputáveis e, portanto, não puníveis, como os menores, aos quais é aplicável o reformatório judiciário (arts. 223-227 do Código Penal), e aos enfermos mentais, aos quais é aplicável o hospital psiquiátrico (art. 222 do Código Penal). Mas, sobretudo, as medidas de segurança são muitas vezes irrogáveis também fora da sentença de condenação ou de arquivamento, e, portanto, da verificação de um fato previsto pela lei. Isto ocorre quando são aplicadas em via preventiva e provisória antes da sentença (arts. 206 do Código Penal, 73 e 286 do Código de Processo Penal), ou, ao contrário, com o provimento sucessivo à sentença (art. 205 do Código Penal) ou, ainda – e a hipótese mais relevante –, quando são prorrogadas em sede de “reexame de periculosidade” (arts. 208 do Código Penal, e 69, parágrafo 4.º, do Ordenamento penitenciário de 1975).

Em todos os casos, também quando a medida de segurança é aplicada na sequência de uma condenação ou de arquivamento por ausência de imputabilidade, seguem-se propriamente comensuradas ao tipo não de crime, mas ao tipo e grau de periculosidade social do sujeito, o qual é tido pelo juiz com base em uma das seguintes condições de *status*: delinqüente ou contraventor habitual (arts. 102-104 do Código Penal), delinqüente profissional (art. 105), delinqüente por tendência (art. 108) enfermo mental (art. 88), semi-enfermo mental (art. 89), embriagado habitual (art. 94), intoxicado crônico por álcool ou estupefaciente (art. 95), surdo-mudo (art. 96), menor (arts. 97 e 98), condenado a mais de 10 anos ou liberado condicionalmente (art. 230), estrangeiro (arts. 235 e 312). E isto depende da já relevada natureza preventiva e não retributiva das medidas de segurança, isto é, do fato de que o crime e a condenação não são a causa, mas apenas – respectivamente – o sintoma e a ocasião de verificação da periculosidade social, em alguns dos casos não suficientes, em outros casos não necessários para a sua aplicação.

3. As lesões ao princípio da estrita legalidade

Em segundo lugar, não vige, em tema de medidas de segurança, nem o *princípio de estrita legalidade* – no sentido como o princípio deve ser entendido em matéria penal – nem o *princípio da irretroatividade da lei penal*. Este segundo princípio é explicitamente negado pelo art. 200 do Código Penal, que estabelece a aplicação pela lei em vigor ao tempo da irrogação da medida, e daquela que entra em vigor durante o tempo da execução ainda que a lei nova seja mais desfavorável ao réu (art. 200: “As medidas de segurança são reguladas pela lei em vigor ao tempo da sua aplicação. Se a lei do tempo no qual deve exigir-se a medida de segurança é diversa, se aplica a lei em vigor ao tempo da execução”).

Quanto ao princípio de estrita legalidade, não basta para que se possa considerá-lo satisfeito, que o art. 25, parágrafo 3.º, da Constituição declare, repetindo o art. 199 do Código Penal, que “ninguém pode ser submetido a medidas de segurança senão nos casos previstos pela lei”. Seria necessário, de fato, para um regime de estrita legalidade, que tais casos fossem “taxativos”, isto é, rigidamente predeterminados e claramente denotados pela lei, e que em maneira também taxativa fossem predeterminados os tipos e a duração das medidas de segurança vez a vez aplicáveis. Vice-versa, a aplicação de tais medidas, por causa do já relevado defeito de retribuição, não é sequer limitada pela lei à comissão de um fato por essa denotado como crime (art. 202, *caput*, do Código Penal). Em todos os casos, de outra parte, o princípio da taxatividade das medidas e dos seus pressupostos é contraditado pelo fato de que a escolha do tipo de medida (arts. 209, *caput*, 215, parágrafo 3.º, 219, parágrafo 3.º, 221, *caput*, 223, *caput*, 224, parágrafo 1.º, e 225 do Código Penal) e às vezes a própria decisão sobre a oportunidade de aplicá-la (arts. 206, 225, parágrafo 1.º, 229, 231, 232, parágrafo 3.º, 233, 234, parágrafo 3.º, do Código Penal) é remetida ao *juízo* de periculosidade feito pelo juiz, que pela sua natureza não está ancorado em fatos (ou casos) predeterminados, mas a uma valoração puramente discricionária.

Isto é que é o mais grave: não há predeterminação legal, nem determinação em via definitiva pelo provimento de aplicação, tampouco a duração das medidas de segurança. Esta indeterminação da duração, e a ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação, representa, seguramente, o aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais. A lei estabelece para todas as espécies de medidas – salvo a possibilidade de reexame em qualquer momento estabelecida pela Sentença 110, de 23.04.1974,

da Corte Constitucional, e a revogação “antecipada” prevista pelo citado art. 69 do Ordenamento penitenciário – apenas a *duração mínima*: para a internação em uma colônia agrícola ou em uma casa de trabalho, de dois anos se o condenado é um delinqüente habitual; três anos se é um delinqüente profissional; quatro anos se é um delinqüente por tendência; um ano nos outros casos (217 do Código Penal); para a casa de tratamento e custódia, um ano, quando a pena para o crime cometido pelo semi-enfermo mental não é inferior no mínimo a cinco anos de reclusão; três anos quando esta não é inferior no mínimo a dez anos, seis meses nos outros casos (art. 219); para o hospital psiquiátrico dez anos, quando a pena para o crime cometido é a prisão perpétua; cinco anos quando ela não é inferior no mínimo a dez anos; dois anos quando não é superior no máximo a dois anos (art. 222); para o reformatório judiciário três anos, quando a pena pelo fato cometido é de reclusão não inferior, no mínimo, a três anos (art. 224, *caput*, do Código Penal) ou o menor é delinqüente habitual ou profissional ou por tendência (art. 226, parágrafo 1.º); um ano nos outros casos (art. 223, parágrafo 1.º); um ano, enfim, para a liberdade vigiada (art. 228, parágrafo 5.º), para a proibição de pernoite (art. 233, parágrafo 2.º) e para a obrigação de freqüentar cantinas e espaços públicos de bebidas alcóolicas (art. 234, parágrafo 1.º). A duração máxima, ou contrária, não é preestabelecida e pode ser prolongada por tempo indeterminado pelo juiz quando ele tenha por necessário que a permanência do estado de periculosidade social persiste. Precisamente, o art. 208 do Código Penal estabelece que “decorrido o período mínimo de duração estabelecido pela lei para quaisquer das medidas de segurança” (ou antes graças à recordada Sentença 110, de 1974, da Corte Constitucional), o magistrado de vigilância “retorna o exame das condições da pessoa a ele submetida, para estabelecer se ela é ainda socialmente perigosa. Se o resultado for positivo, o juiz fixa um novo termo para um exame ulterior”. Em tal modo, em virtude desta disposição, uma pessoa que já tenha expiado a pena infligida pode permanecer indefinidamente internada em um estabelecimento para medidas de segurança, à discrição do juiz.

A indeterminação da duração se resolve muitas vezes em uma espécie de segregação perpétua para os internos nos hospitais psiquiátricos: prisões-hospitais ou hospitais-prisões, onde se consoma uma dupla violência institucional – cárcere mais manicômio – e onde jazem, esquecidos do mundo, aqueles sentenciados por enfermidade mental (art. 222, parágrafos 1.º e 2.º) e também os condenados a pena diferida (art. 222, parágrafo 3.º) e os imputados que aguardam julgamento depois da comissão do crime (art. 71 do Código de Processo Penal). A Corte Constitucional, com a Sentença 146, de 19.06.1975, declarou a inconstitucionalidade do art. 148 do Código Penal, que para todos os detentos, durante a execução da pena, estabelecia suspensão desta e a internação em manicômio judiciário até cessação da enfermidade mental (porque, dizia a justificação do Código, não eram eles mais capazes de “ressentir os efeitos aflitivos e corretivos da pena”). Mas nada disse sobre os condenados a pena diferida prevista pelo art. 222, parágrafo 3.º, do Código Penal, para os quais a execução da pena é reenviada à (eventual) cessação de enfermidade mental, e tampouco dos detidos em cárcere durante o julgamento. Nestas hipóteses – estabelece o novo Código de Processo, reformando só em parte o famigerado art. 88 do velho Código Rocco –, o julgamento deve ser suspenso por causa da superveniente incapacidade de entender e de querer (art. 71), para ser retomado apenas quando, em base a “verificações periciais” determinadas pelo juiz a cada 6 meses (art. 72, parágrafo 1.º) ou de provas idôneas a justificar o arquivamento que o juiz deve continuar a assumir (arts. 70, *caput*, e 71, parágrafo 4.º, do Código Penal), “resulte que o estado mental do imputado consente a consciente

participação ao procedimento ou que nos confrontos do imputado deve ser pronunciada a sentença de arquivamento ou de não ter lugar a proceder” (art. 72, *caput*).¹⁸

O fascismo introduziu estes horrores justificando-os com a oportunidade de impedir a promiscuidade entre os delinqüentes e os demais nos manicômios ordinários, como instrumentos “para a repressão e a cura” dos condenados enfermos mentais: cura repressiva ou repressão terapêutica, cuja natureza “científica” é bem ilustrada, com eloqüente brutalidade, pela justificação ao Código Rocco. As punições, disse Rocco, correspondem nos manicômios judiciários a “exigência técnico-sanitárias” porque “não se pode excluir que a necessidade de cura possa justificar o uso de meios rigorosos e ainda mais duros do que aqueles consentidos na execução da pena. Isto é válido para o isolamento diurno e para a camisa-de-força (a cama de contenção), que constituem uma exceção na execução das penas e que, em sentido inverso, podem ser aplicadas sem limites nos manicômios judiciários por necessidades técnico-sanitárias”: mesmo que se acrescente, virtuosamente, que “resta sempre que do caráter destes meios de rigor seja excluída a aflição como finalidade jurídica”.

4. A lesão ao princípio da estrita submissão à jurisdição

Em terceiro e último lugar, não se pode propriamente falar, a propósito das medidas de segurança, nem mesmo do princípio de *estrita submissão à jurisdição*. Este princípio, já se disse, implica um modelo de processo penal com verificação empírica, em contraditório com o acusado, de um fato enunciado em uma hipótese acusatória presumivelmente falsa até prova em contrário. Vice-versa, no procedimento de aplicação das medidas de segurança não existe nenhum fato a provar, mas só uma qualidade a declarar: a qualidade da pessoa “socialmente perigosa”. Em alguns casos, antes da reforma Gozzini, esta qualidade era verdadeiramente “presumida pela lei” (art. 204, *caput*, do Código Penal, suprimido pelo art. 663, de 10.10.1986), de modo que no processo não havia nada para se verificar e o juiz não tinha nada a fazer a não ser proceder à aplicação automática das medidas de segurança. Mas hoje, quando a qualificação é em todo caso privativa do juiz, ela é declarada não com base em fatos e provas, mas num tipo de valoração prognóstica da personalidade do condenado: a previsão de que, com base nas circunstâncias “indicadas no art. 133” (natureza da ação, gravidade do dano, caráter do réu, condições de vida e outras), “é *provável* que ele cometa novos fatos previstos pela lei como crimes” (art. 203 do Código Penal). É claro que esta valoração, ancorada pelo art. 203 aos critérios indicados no art. 133 do Código Penal, tem um caráter que não é discricionário, mas simplesmente potestativo, em coerência com a natureza administrativa do provimento e em contraste com a natureza da jurisdição. E o mesmo se diga do “reexame da personalidade” que o juiz deve realizar para estabelecer se a pessoa “é, ainda, socialmente perigosa” (arts. 208, parágrafo 1.º, e 69, parágrafo 4.º, do Ordenamento penitenciário) e pôr fim à medida.

49. AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO

1. “Classes perigosas” e “pessoas perigosas”. A prevenção de polícia na legislação oitocentista e durante o fascismo

As medidas de prevenção representam um instituto moderno¹⁹ – admitidas na Itália na legislação dos Sabóia. Um capítulo inteiro do Código Penal sardo de 1839 – o capítulo III do título VIII do livro II – era dedicado aos “ociosos, vagabundos, mendigos, outras

peessoas suspeitas". O primeiro provimento orgânico contra estas pessoas foi, entretanto, a "Lei provisória" de 26 de fevereiro de 1852, assim chamada porque limitada a dois anos, mas destinada a servir de modelo a todas aquelas que se seguiram, e imposta por uma aberta concessão subjetiva e substancial da marginalidade enquanto condição pessoal e social. "Senhores" – proclamou na justificação da lei o ministro do interior Galvagno – "o ócio e a vagabundagem, quando não são energicamente reprimidos pela lei, são origem de gravíssimos males. O ocioso e o vagabundo podem se considerar em permanente delinquência, fraudando a sociedade na medida em que não se pode conceber como possam, privados de qualquer meio, existir sem que cometam estelionato, atos de furto e similares".²⁰ Ócio e vagabundagem foram, portanto, diretamente configurados como crimes²¹ e, como tais, punidos com "a relegação ou com a pena-cárcere por tempo *não menor* que 5 anos" (art. 5); por esta razão, para os "suspeitos", se reclamou a compilação de "listas" das suas existências a cargo das administrações comunais (art. 21). Terminado o biênio para o qual a lei havia sido concebida, a Lei de 1852 foi confirmada e ampliada por uma Lei de 23.06.1854, a qual conferia à polícia a tarefa de ter "listas" dos suspeitos (art. 2) e também de catalogar os operários nas fábricas (art. 57). Seguiu-se a Lei piemontesa com relação à segurança pública n. 3.720, de 15 de novembro de 1859, que voltava a reproduzir as velhas medidas de prevenção, e acentuava o controle sobre os operários munindo-os de um "livreto" enviado "pela autoridade de segurança pública" com base no certificado de boa conduta ou de um "bom serviço" do empregador (arts. 28 e 29), vetando-os de empreender alguma viagem sem fazer anotação no livreto do visto da autoridade de segurança pública", dentro de 24 horas da chegada (art. 31) e constringendo-o a fazer anotar a mudança de trabalho (art. 34).²² Uma lei de 20.03.1965, posteriormente extensiva a todo o reino, dizia das medidas previstas no Decreto de 1959, suprimindo, entretanto, as normas quanto ao controle dos operários. Mais uma vez aquelas mesmas figuras foram reelaboradas pela Lei 294, de 06.07.1871, e então pelo Texto Único de Crispino das leis de segurança pública 6.144, de 30.06.1889, sob o título III – "Disposições relativas às classes perigosas da sociedade".

Enfim, durante o fascismo, a matéria foi reelaborada e mais duramente disciplinada com o Texto Único das leis de segurança pública 773, de 18.03.1931. Esta lei, em parte ainda em vigor, previa no título VI, com a denominação "Disposições relativas às pessoas perigosas para a sociedade" o seguinte: a) o encaminhamento para um instituto de assistência ou beneficência das pessoas reconhecidas pelas autoridades locais de segurança pública como inábeis a qualquer trabalho profícuo e que não tenham meios de subsistência nem parentes reconhecidos por lei para conferir-lhes alimentos e condições de poder prestá-los" (art. 154); b) a repatriação "obrigatória" das pessoas "suspeitas" (não era dito outra coisa) em face da sua "conduta" e que não dão "conta de si", daquelas "perigosas para a segurança pública ou para a moralidade pública" (art. 157) e também, "se necessário", dos condenados por delito à pena de detenção depois da sua saída do cárcere (art. 162); c) a "repreensão" para os "ociosos", para "os vagabundos habituais, aptos para o trabalho que não tenham meios de prover sua subsistência, ou suspeitos de viver única e exclusivamente de ações delituosas", para "as pessoas designadas pela opinião pública como perigosas socialmente ou para os ordenamentos políticos do Estado", e também os "difamados" (art. 164), isto é "designados pela opinião pública como habitualmente culpáveis" de determinados crimes (art. 165); d) o "confinamento de polícia" de 1 a 5 anos "em uma colônia ou uma comuna do reino diversa da

residência do confinado”, dos admoestados e dos difamados quando “sejam perigosos à segurança pública” e também daqueles “que com eles desenvolvam ou tenham manifestado propósito de desenvolver uma atividade tendente a subverter violentamente os ordenamentos políticos, econômicos ou sociais constituídos pelo Estado, ou a contestar ou obstaculizar a ação dos poderes do Estado ou uma atividade tal que venha a afrontar os interesses nacionais” (arts. 180 e 181): em outras palavras, dos antifascistas.

2. A legislação com relação a pessoas perigosas na Itália republicana. As medidas de prevenção contra os menores

A Corte Constitucional, ao analisar todas estas normas, taxou de inconstitucionalidade uma série de pronunciamentos, em particular pela Sentença 2, de 23.06.1956, atinente à ilegitimidade constitucional da repatriação obrigatória, e pela Sentença 11, de 03.07.1956, no tocante à ilegitimidade da repressão. Todavia, antes que a Corte se pronunciasse quanto ao confinamento (com a Sentença 43, de 11.03.1957), o legislador republicano voltou a exprimir a sua continuidade em relação ao legislador fascista e a sua indiferença para a incipiente jurisdição de constitucionalidade emanando um novo provimento – a Lei 1.423, de 27.12.1956, intitulada “medidas de prevenção em relação às pessoas perigosas para a segurança e para a moralidade pública” – que repristinou, salvo retificações e atualizações de parco relevo, os velhos institutos policialescos.

Esta lei representa a base do ordenamento hodierno da matéria. Ela instituiu cinco medidas de prevenção: a) *requerimento do chefe de polícia* (art. 1); b) *o repatriamento com estadia obrigatória* no local da residência (art. 2); c) a *vigilância especial* (art. 3, parágrafo 1.º); d) a *proibição de pernoite* em uma ou mais comunas ou províncias (art. 3, parágrafo 2.º); e) a *obrigação de pernoite* em determinada comuna que não é outra coisa a não ser o velho confinamento (art. 3, parágrafo 3.º). As últimas três medidas – vigilância especial, proibição de pernoite, confinamento –, previstas para a duração de um a cinco anos são por sua vez acompanhadas por uma longa série de prescrições: algumas genericamente morais (viver honestamente, respeitar a lei, procurar um trabalho, não dar lugar ou guarida a suspeitos) outras mais concretamente vexatórias (não deitar-se tarde e não sair pela manhã mais cedo do que determinada hora, não se entreter habitualmente nas cantinas, não participar de reuniões públicas e eventualmente, em caso de confinamento, não afastar-se da habitação escolhida sem prévio aviso e apresentar-se periodicamente à autoridade de segurança pública) (art. 5).

O pressuposto comum a todas estas medidas não é o cometimento de um crime ou de outro ilícito, mas o fato de ~~pertencer~~ segundo o esquema do “tipo de autor” a uma das categorias de pessoas elencadas no art. 1, e facilmente identificáveis de forma potestativa tendo como base elemento sintomático genérico: 1) “os ociosos e os vagabundos habituais válidos para o trabalho”; 2) “aqueles que são habitualmente e notoriamente dedicados ao tráfico ilícito”; 3) “aqueles que, pela conduta e tipo de vida, devam ser considerados que vivam habitualmente, ainda que em parte, com proventos de crimes” e que “dêem fundado motivo de que são inclinados a delinquir”; 4) “aqueles que sejam dedicados ao favorecimento ou desfrute da prostituição e à corrupção de menores, ou ao contrabando, ou ao tráfico de entorpecentes, ou à gestão de atividades clandestinas, ou às apostas abusivas nas corridas”; 5) “aqueles que desenvolvam habitualmente outras atividades contrárias à moral pública e ao bom costume”. Para todas as medidas previstas, exceto a intima-

ção, é requerido que tais pessoas sejam consideradas “perigosas para a segurança pública ou para a moralidade pública” (art. 2, parágrafo 1.º), que é uma noção ainda mais indeterminada do que aquela já vaga e genérica de “periculosidade social”, definida pelo art. 203 do Código Penal (a probabilidade que o reincidente cometa novos crimes), e cuja definição é deixada vez a vez à discricionariedade da autoridade. Enfim, para as últimas três medidas acima indicadas reclama-se que os seus destinatários tenham sido admoestados e que, não obstante isto, não tenham mudado sua conduta (art. 3, parágrafo 1.º).

Das cinco medidas, as duas primeiras são de atribuição exclusiva do chefe de polícia (arts. 1 e 2), enquanto as outras três são adotadas pelo tribunal mediante proposta do chefe de polícia (art. 4). Se a proposta diz respeito ao confinamento, o presidente do tribunal poderá dispor, na pendência do procedimento, a custódia preventiva (art. 6). Além disso, o fato de que as últimas três medidas – vigilância especial, proibição de pernoite e confinamento – sejam decididas por um tribunal não deve significar um engano a cerca de sua natureza: o caráter reservado e não público do procedimento, a total discricionariedade da decisão não sendo o juiz vinculado a fatos ou a quaisquer critérios, a conseqüente impossibilidade da defesa que não existe, a falta de vínculo de estrita legalidade, dão pouco à acusação de um fato e à possibilidade de provar a culpabilidade ou a inocência – fazem de fato destas medidas, ainda que emitidas por um órgão judiciário, provimentos administrativos de caráter puramente potestativo.

É necessário, pois, recordar as duas medidas administrativas de prevenção introduzidas pelos arts. 25 a 31 da Lei 1.404, de 20.07.1934, instituidoras do Tribunal para menores: confiar o menor de dezoito anos ao serviço social de menores, e colocá-lo em uma casa de reeducação ou instituto médico-psicopedagógico. Estas medidas são aplicáveis pelo Tribunal para menores a aqueles que “manifestem prova de irregularidade de conduta ou de caráter” (art. 25) se está em curso um procedimento penal contra ele e se não esteja sujeito à detenção preventiva ou se o procedimento se encontra concluído com o arquivamento por defeito ou por ausência de capacidade de compreensão e de querer sem que seja aplicada a medida de segurança do reformatório, ou quando concedidos o perdão judicial ou a suspensão condicional da pena ou enfim se os pais apresentem uma “conduta prejudicial”, ex art. 333 do Código Civil (art. 26). De resto, o tema dos menores no Código Civil de 1940 conservou até a recente reforma do direito de família, um verdadeiro e próprio poder punitivo doméstico subtraído a qualquer forma de controle ou limitação: o art. 319, repisando o art. 222 do Código Civil de 1865, estabelecia que “o pai que não consegue refrear a má conduta do filho pode, salvo a aplicação das normas contidas nas leis especiais, colocá-lo em um instituto de correção, com a autorização do presidente do tribunal”; a qual “pode ser pedida verbalmente” e é emanada “com decreto sem formalidade de ato e sem declaração dos motivos”.²³

3. Sujeitos perigosos e pessoas suspeitas

O sistema das medidas de prevenção construído pela Lei de 1956 para as pessoas perigosas foi desenvolvido por duas leis sucessivas, as quais alargaram, como em um jogo de caixas chinesas, a sua esfera de aplicação às pessoas *suspeitas*: a Lei Anti-máfia 575, de 31.05.1965, e a Lei Reale 152, de 22.05.1975.

A Lei Anti-máfia de 1965 estendeu a aplicação das medidas de prevenção instituídas pelo art. 3 da Lei de 1956 – a vigilância especial, a proibição de pernoite e o confina-

mento – também aos “indiciados por pertencer a associações mafiosas”; portanto, não apenas aqueles reconhecidamente culpáveis de um crime de máfia do tipo associativo, mas também aqueles que simplesmente eram “suspeitos” de serem mafiosos (arts. 1 e 2). Por outro lado, o art. 4 da lei introduziu um tipo de prisão temporária judiciária especial, operável pela polícia também para os crimes punidos com pena não inferior no seu máximo a três anos, por uma duração que poderia chegar no seu total aos 14 dias. Enfim – em via geral, e apenas não para os suspeitos mafiosos –, a mesmíssima Lei introduziu a medida de “confinamento preventivo” na pendência do processo para a irrogação do confinamento (art. 3); e agravou os efeitos penais ou punitivos das medidas de prevenção previstas pelo art. 3 da Lei de 1956, instituindo, ainda, duas novas: os aumentos de pena para uma longa série de crimes cometidos pela pessoa já submetida à medida de prevenção (arts. 6, 7 e 9) e o poder da polícia de proceder à prisão para muitos desses mesmos crimes, mesmo sem flagrante (art. 7) e a decadência das licenças e das autorizações de polícia (arts. 8.º e 10).

A Lei Reale de 1975, por sua vez, estendeu a aplicação das disposições da Lei Anti-máfia aos seguintes casos: a) “às pessoas indicadas nos arts. 1, n. 2, 3 e 4, da Lei de 27.12.1956, n. 1.423”, isto é, aos “dedicados ao tráfico ilícito” aos “tendentes a delinquir” e aos “dedicados” ao favorecimento da prostituição, ao contrabando e similar, para os quais resulta bastante agravado o regime da prevenção (art. 19); b) a outras quatro categorias de pessoas: ba) aqueles que executem “atos preparatórios” de graves delitos contra a personalidade do Estado ou a incolumidade pública; bb) a todos que “tenham feito parte de associações políticas dissolvidas com base na Lei de 29.06.1952, n. 645”, isto é, de associações fascistas ou parafascistas, tendo-se em conta “que continuaram a desenvolver uma atividade análoga àquela precedente”; bc) a todos aqueles que realizaram “atos preparatórios” diretamente voltados à reconstituição do partido fascista; bd) aos reincidentes por crimes em matéria de armas previstos pela Lei 895, de 02.10.1967, “quando se julgue que são tendentes a cometer um crime da mesma espécie” (art. 18). Neste ponto ressurgue no nosso ordenamento a idéia do confinamento (diverso daquele que se caracteriza como medida de prevenção) por motivos políticos. Também nos casos previstos pelo art. 18, de fato, trata-se de pessoas identificadas não apenas com base em prova ou suspeita de ter cometido um crime – e como tais suscetíveis de pena ou de custódia preventiva –, mas simplesmente, com base na “suspeita” de que possam cometer crimes políticos futuros. Particularmente insidioso é o tipo penal dos “atos preparatórios”: não coincidindo com aquele dos atos “idôneos, tendentes em modo não equívoco a cometer um delito” e já punidos pelo art. 56 do Código Penal a título de “tentativa”, configura de fato uma mera hipótese de suspeita, atinente à esfera da idealização, sobre a qual a doutrina penal clássica havia sempre excluído unanimemente de relevância penal e de punibilidade.²⁴

Trata-se, como é evidente, de um conjunto de medidas que na sua formulação global formam um sistema de controle social capilar e totalmente descontrolado. Pense-se apenas numa pequena fração de resoluções obrigatórias a cada ano emitidas referentes a prostituição, desocupados, reincidentes e marginalizados, quase sempre com procedimentos não motivados, não obstante a obrigação da motivação estabelecida pelo art. 2 da Lei de 1955, ou com motivações estereotipadas quanto à sua forma, apresentadas de maneira circular. E, no entanto, estas medidas são normalmente ignoradas pelos nossos tratados de direito penal e pelas estatísticas judiciárias e criminológicas: como se o silêncio pudesse cobrir o contraste com as garantias penais e processuais enunciadas pelos arts. 13, 25 e 27 da nossa Constituição.²⁵

Uma análise em parte diversa merecem, por último, as medidas de prevenção não pessoais instituídas pela Lei 646, de 13.09.1982. Esta lei, também tendente a reforçar de modo geral o conteúdo da obrigação de pemoite (arts. 10, 11 e 17), introduziu o *seqüestro* e, depois, o *confisco* dos bens que se suspeitam “fruto” “de atividade ilícita” e que pertençam aos sujeitos contra os quais tenha sido iniciado e, depois, concluído o procedimento para a aplicação de uma medida de prevenção prevista contra os suspeitos mafiosos (art. 1); também estendeu, em via de aplicação de tais medidas, as *investigações patrimoniais* do procurador da república e também do chefe de polícia, quanto aos bens do suspeito e de seus familiares (art. 14); introduziu, por fim, a *caução de boa conduta*, de forma *definitiva ou provisória*, ao lado de outras medidas de prevenção pessoal (art. 15). É claro que estas medidas de prevenção de caráter patrimonial não são comparáveis com aquelas de caráter pessoal. Estas incidem sobre a liberdade pessoal, que é um direito fundamental de nível constitucional; aquelas, ao invés, incidem sobre a propriedade, e são justificadas pelos mais relevantes interesses da prevenção da criminalidade. Some-se a isso que os poderes de investigação sobre o patrimônio conferidos ao procurador da república e ao chefe de polícia revelaram-se sem dúvida mais eficazes, na luta antimáfia, do que todas as medidas pessoais.

50. AS MEDIDAS CAUTELARES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

1. O direito processual de polícia

As medidas cautelares de polícia consistem numa longa série de poderes instrutórios autônomos, paralelos àqueles de competência da magistratura, que por vezes as forças policiais podem exercer sem autorização prévia ou mandado da autoridade judiciária, em derrogação ao monopólio da função jurisdicional a esta reservada em via de princípio pelo art. 102, parágrafo 1.º, da Constituição.²⁶ Estes poderes, que no seu conjunto configuram um completo sistema de direito processual policialesco, são de competência da “polícia judiciária”. De fato, na ausência de um serviço de polícia judiciária organicamente distinto dos corpos de função da polícia de segurança, estes são exercitados pelos sujeitos – como os pertencentes à polícia do Estado, aos oficiais e suboficiais dos carabineiros e da guarda de finanças, os carabineiros, os guardas de finança e os agentes de custódia (art. 57 do Código de Processo Penal) – que dependem funcionalmente da magistratura (arts. 109 da Constituição e 55-59 do Código de Processo Penal) mas, disciplinarmente, do Poder Executivo.

As funções da polícia judiciária são definidas, em via geral, pelo art. 55 do Código de Processo Penal: “a polícia judiciária deve, ainda que por iniciativa própria, tomar nota dos crimes, impedir que venham a causar consequências ulteriores, pesquisar os autores, realizar os atos necessários para assegurar as fontes de prova e recolher tudo quanto possa servir para aplicação da lei penal. Desenvolve, ainda, todas as investigações e atividades dispostas ou delegadas pela autoridade judiciária”. Podemos distinguir em duas categorias os poderes a ela atribuídos para o desenvolvimento destas funções: os poderes exercitados por meio de medidas de restrição cautelar da liberdade pessoal do indiciado e aquelas, igualmente cautelares, que se expressam nas investigações sumárias e nas suas conexas atividades instrutórias.

2. Os poderes de prisão da polícia judiciária

O fundamento de legitimidade constitucional das medidas restritivas da liberdade pessoal é constituído pelo art. 13 da Constituição, que no parágrafo 3.º, em derrogação ao

parágrafo 2.º, estabelece que “em casos excepcionais de necessidade e de urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar provimentos provisórios, que devem ser comunicados dentro de 48 horas à autoridade judiciária, e se esta não os convalida nas sucessivas 48 horas, entendem-se revogados e restam privados de quaisquer efeitos”. Todavia, as condições de “excepcionalidade” nem sempre são respeitadas pelas medidas prefiguradas em lei, algumas das quais correspondem, de forma clara, pela natureza dos seus pressupostos, a uma potestade não excepcional, mas ordinária em termos de administração, e, mais ainda, estendida tal potestade ao Ministério Público.

Isto pode ser dito da *prisão em flagrante*, de atribuição absoluta da polícia judiciária. Tal prisão é prescrita como *obrigatória* pelo art. 380 do Código de Processo Penal para os delitos puníveis com “reclusão não inferior no mínimo a 5 anos e no máximo a 20”, e também para uma outra série ampla de delitos “contra a personalidade do Estado, para a finalidade de terrorismo, ou contra a incolumidade pública se a pena não é inferior no seu máximo a 10 anos ou também no terceiro caso se não é inferior no mínimo a 3 anos; saques, devastações, redução à condição de escravo, roubo, extorsão e furto agravado por quaisquer circunstâncias; fabricação ilegal, venda, detenção ou porte de armas de fogo ou de substâncias estupefacientes; direção ou organização de associações secretas, mafiosas, militares, fascistas, ou tendentes a cometer crimes de terrorismo ou contra a personalidade do Estado”. A prisão em flagrante é tida como *facultativa* pelo art. 381 do Código de Processo Penal para os delitos puníveis com “reclusão superior no máximo a 3 anos” se não culposos ou “não inferiores no máximo a 5 anos” se culposos; para uma longa série de outros delitos específicos “quando há necessidade de interromper a atividade criminoso e, também, para a contravenção introduzida pelo art. 5 da Lei Reale (agravado pelo art. 2 da Lei 533, de 08.08.1977) pelo uso “sem motivo justificado” de “capuzes protetores ou de quaisquer outros meios tendentes a tornar dificultoso o reconhecimento da pessoa”. É claro que em todas as hipóteses de prisão obrigatória a “excepcionalidade”, a “necessidade” e a “urgência” demandada pelo art. 13 da Constituição resultam presumidas pela lei, de forma que a prisão em flagrante se resolve no exercício ordinário de um poder de polícia autônomo. Também porque os crimes associativos são freqüentemente contestados como “crimes de suspeita”, a prisão “em flagrante” equívale de fato nesses casos a uma prisão de segurança pública (ou de polícia), isto é, em presença das hipóteses de mera suspeita de outros futuros crimes.

Formalmente mais conforme aos ditames constitucionais, mas não menos discricionária e, portanto, não menos excepcional é a *prisão judiciária*: a qual pode ser operada com base no art. 384 do Código de Processo Penal, fora dos casos de flagrante, quando subsistam específicos elementos que tornem fundado o “perigo de fuga” e se trate de “pessoas gravemente indiciadas de um delito para o qual a lei estabelece a pena de prisão perpétua ou de reclusão no mínimo a 2 anos e superior no máximo a 6 anos ou ainda de um delito concernente às armas de guerra e aos explosivos”. Este segundo tipo de medida coercitiva pode ser tomada pelo Ministério Público (parágrafo 1.º) e pela polícia judiciária, que pode proceder “por iniciativa própria” antes que o Ministério Público tenha assumido a direção das investigações (parágrafo 2.º) ou também depois, “quando seja sucessivamente individualizado o indiciado ou sobrevenham específicos elementos que tornem fundado o perigo de que o indiciado possa fugir e não seja possível, a não ser pela situação de urgência, atender o provimento do Ministério Público” (parágrafo 3.º).

Recorde-se o *acompanhamento de polícia* – introduzido pelo art. 11 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978, em via geral, e reproduzido pelo art. 349, parágrafo 4.º, do Código de

Processo Penal para as pessoas que interessam as investigações de polícia judiciária – por força da qual a polícia “acompanha no próprio gabinete” e “retém pelo tempo estritamente necessário para a identificação e não mais do que por 12 horas” a pessoa que “recusa-se a identificar-se, ou fornece documentos de identificação em relação aos quais subsistam suficientes elementos para que se acreditem falsos”. A primeira destas duas hipóteses equivale a uma prisão facultativa em flagrante pela contravenção de inobservância dos provimentos de autoridade prevista no art. 650 do Código Penal. A segunda equivale a uma prisão judiciária pelo delito de falsa declaração quanto à própria identidade, previsto no art. 496 do Código Penal, e punido com pena bem menor do que aquela que normalmente pode ser aplicada às prisões desse tipo, de reclusão de até 1 ano ou multa. Por outro lado, a total discricionarieidade e não sindicância do suspeito, quanto à falsidade da declaração dos documentos exibidos, faz desta medida uma substancial prisão de polícia ou de segurança pública.

Não se trata nem de uma prisão nem de outra, prestando-se, pois, aos usos e abusos em ambos os casos o *acompanhamento de segurança pública*, isto é “por meio da força pública” prevista pelo art. 15 do Texto Único das leis de segurança pública 773, de 18.06.1931. Esta medida, que pertence a rigor às medidas de ordem pública das quais falarei no próximo parágrafo, pode ser disposta nos confrontos da “pessoa convidada a comparecer” diante da autoridade de segurança pública mas que não apresenta-se no termo prescrito”. A convocação é aqui tratada como um ato de convite, que não reclama motivação e que, portanto, apresenta-se totalmente potestativa, e o não atendimento a ela é previsto como uma contravenção punível alternativamente com a prisão ou com a multa. O seu abuso torna possível, não diversamente de resto do acompanhamento de polícia, que um cidadão – que o mesmo juiz possa convocar e eventualmente fazer acompanhar apenas com decreto motivado que o indique como imputado (arts. 132 e 133 do Código de Processo Penal) ou de testemunha e sem que a sua ausência configure um crime – pode ser “convidado” pela polícia sem indicação alguma dos motivos, levado pois coativamente desde o seu escritório, remetido aos atos previstos no art. 4 do mesmo Texto Único e do art. 349 do Código de Processo Penal ou aos exames sumários sem defensor previsto dos arts. 305, parágrafo 5.º, e 351.

Um lugar à parte merece não à restrição da liberdade pessoal, mas, apenas, o uso da força, no que tange ao *fechamento das sedes políticas suspeitas* (os denominados “co-vis”). O art. 3 da Lei 533, de 08.08.1977, atribuiu não apenas à autoridade judiciária com base na simples pendência de um procedimento, mas autonomamente à polícia, “na flagrância” dos crimes “concernentes às armas” ou “aqueles previstos pelos arts. 241, 285, 286 e 306 do Código Penal e da Lei 645, de 20.06.1952”, o poder de proceder ao “seqüestro do imóvel que seja sede de entidades, associações ou grupos, quando em tal sede sejam encontradas armas de fogo, explosivos e aparatos explosivos ou incendiários ou ainda quando o imóvel seja pertinente ao crime”. Quando se considera a total indeterminação da figura do “crime” e ainda mais aquela da “flagrância” – sempre configuradas nos crimes permanentes sejam eles quais forem – compreende-se o caráter inteiramente potestativo destes provimentos, pouco importando se tomados pela autoridade judiciária ou policial.

3. Os poderes instrutórios da polícia no processo ordinário

Além dos poderes de limitação da liberdade pessoal, a polícia encontra-se investida, também, no novo Código de Processo, de verdadeiros e próprios poderes de instrução, os quais pode exercitar, de fato, em total autonomia.²⁷

Foi codificado o *interrogatório de polícia*. O art. 350 do Código de Processo Penal o contempla de duas formas. O interrogatório *na presença do defensor*, para assumir “sumárias informações úteis para as investigações”, que é previsto pelos parágrafos 1.º e 4.º em relação ao indiciado “que não se encontre em estado de prisão”; o interrogatório *sem defensor* para assumir notícias em indicações úteis aos fins da imediata persecução das investigações”, que se encontra previsto pelo parágrafo 5.º “imediatamente ou logo após o fato” em relação à pessoa indiciada, “ainda que presa em flagrante ou em outra modalidade de prisão”. Devido à generalização da expressão “imediatamente após o fato” e à ausência de outros limites, é lícito temer que esta segunda forma de interrogatório possa tornar-se, na fase das primeiríssimas investigações, a medida a prevalecer. O interrogatório do indiciado sem defensor delineado pelo novo Código, sendo previsto para todos os crimes, é ainda mais amplo do que aquele configurado pelo art. 225-bis do velho Código, introduzido pelo art. 5 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978, que o consentia “nos casos de absoluta urgência” para apenas os delitos previstos nos arts. 241-293, 306, 422, 423, 426, 428, 432, parágrafos 1.º, 433, 438, 439, 575, 628, parágrafo 3.º, 629, parágrafo 2.º, e 630 do Código Penal. E é verdadeiramente mais amplo, sendo praticado em relação aos presos, e, também, em relação àqueles que se livram soltos, diferentemente do interrogatório sem defensor previsto no art. 225 do Código Rocco, apenas para os presos em flagrante, que havia sido suprimido, depois da sua enunciação de inconstitucionalidade, em 05.07.1968, pela Lei 932, de 05.12.1969. Disso decorre para os indiciados que se livram soltos que “imediatamente após o fato” sejam simplesmente convocados, ou quando muito acompanhados às delegacias de polícia com base no art. 15 do Texto Único das leis de segurança pública, um tipo de prisão não ritualizada durante todo o tempo, por si indeterminado, do interrogatório informal. E, sobretudo, dele resulta novamente detonado o curto-circuito da tortura, por força de costume, que invadiu a praxe, de usar o interrogatório como meio de pressão para induzir o imputado a confessar e a colaborar com a acusação.²⁸

Em segundo lugar, é previsto pelo art. 351 do Código de Processo Penal o poder polícialesco de desenvolver *investigações sumárias*. A nova norma é muito mais simples do que a do art. 225 do velho Código, depois da pronúncia de parcial anulação pela Corte Constitucional (n. 86, de 05.07.1968) e com as suas conseqüentes modificações – em primeiro lugar de melhoramento (art. 3 da Lei 932, de 05.12.1969, e 3.º da Lei 62, de 18.03.1971) e depois pejorativas (art. 7 da Lei 497, de 14.10.1974) – consentia a polícia judiciária de proceder, com as garantias previstas pelo art. 304-bis e de forma mais geral pelas leis sobre instrução formal, “às necessárias medidas, a informações sumárias testemunhais, também ao interrogatório do indiciado e atos de reconhecimento, inspeção ou confronto”. E se limita a estabelecer: “A polícia judiciária assume as informações sumárias referentes às pessoas que possam circunstancialmente ser úteis para os fins das investigações”. Ao lado deste poder de assumir as informações testemunhais, a polícia tem, igualmente, com base no art. 350, parágrafo 7.º, a faculdade de “receber declarações espontâneas da pessoa sobre a qual venha a ser desenvolvida a investigação”, a qual poderá fazer uso para o interrogatório do potencial “arrependido”.

Por fim, a polícia judiciária, com base no art. 224 do velho Código, pode sempre proceder, sem mandado da autoridade judiciária, em via de princípio necessário de acordo com o art. 247 do Código de Processo Penal, a algumas formas de *perquirição*. Pode

realizar “a perquirição pessoal ou local” em caso de “flagrante delito ou no caso de evasão” quando tenha “fundado motivo de acreditar que alguém oculte coisas ou instrumentos referentes ao crime que possam ser inutilizados ou dispersos, ou ainda que tais coisas ou instrumentos se encontrem em um determinado lugar ou que ali se encontre a pessoa submetida à investigação ou o evadido” (art. 352, parágrafo 1.º, do Código de Processo Penal). Mais ainda, pelo mesmíssimo motivo, e quando “subsistam particulares motivos de urgência que não consintam a emissão de um tempestivo decreto de perquirição”, proceder a “perquirições pessoais ou locais” por ocasião das execuções de uma ordem que dispõe a ordem cautelar, ou de uma ordem que dispõe o encarceramento para um delito para o qual é prevista a prisão obrigatória em flagrante ou ainda de uma prisão judiciária (art. 352, *caput*, do Código de Processo Penal). Pode, ainda, proceder a perquirições domiciliares “em quaisquer locais públicos ou privados ou em quaisquer habitações” quando tenha “notícias, ainda que por indícios, da existência de armas, munições ou materiais explosivos não denunciados ou não consignados ou, ainda, abusivamente detidos” (art. 41 do Texto Único das leis de segurança pública 773, de 18.06.1931). Por último, pode-se operar a perquirição pessoal “no lugar” e a perquirições do “meio de transporte” “apenas a fim de verificar a eventual posse de armas, explosivos e instrumentos de infração, de pessoas cujo comportamento ou cuja presença em relação a específicas e concretas circunstâncias de tempo e local não pareçam justificáveis” (art. 4 da Lei Reale 152, de 02.05.1975). Isto quer dizer, na prática, um poder polícialesco de perquirição indiscriminado: se não por outra razão, porque qualquer perquirição, por mais arbitrária que seja, pode ser sempre encampada pelo pretexto, de nenhum modo verificável, de que foi feita em busca de armas.

Tudo isso autoriza ainda hoje falar de uma *instrução de polícia*, que precede e preconceitua o juízo. O art. 357 do Código de Processo Penal prevê de fato que a polícia judiciária deve “anotar”, entre outras, “as informações sumárias obtidas” e “as declarações espontâneas recebidas da pessoa sobre a qual venha a se desenvolver a investigação”, também as “informações assumidas, segundo o art. 351, no curso das perquirições ou ainda no lugar e logo após a ocorrência do fato”. Encontra-se por outro lado preclusa, segundo o art. 350, parágrafo 6.º (como já, de resto, pelo art. 225-bis do velho Código), “toda documentação e utilização” das “notícias e das indicações tomadas” junto ao indiciado no curso do interrogatório de polícia sem defensor. Mas ninguém exclui que essas “notícias e indicações” sejam informalmente levadas ao Ministério Público, e de fato por ele utilizadas, ainda que para fins de acordo, no curso do interrogatório, logo após ser submetido o indiciado ao interrogatório, sem defensor (art. 364). E ninguém impede que o indiciado, no segredo dos escritórios de polícia, seja persuadido, embora isso venha a acontecer com vistas a um futuro acordo, a transformar a admissão tida informalmente nas “declarações espontâneas” previstas pelo art. 350, parágrafo 7.º, pelas quais são por seu turno possíveis a documentação com base no art. 357, *caput*, b, e a utilização por parte do Ministério Público para fins de constatações, segundo a norma do art. 503, parágrafo 3.º. Obviamente a documentação de polícia posta toda à “disposição do Ministério Público” (art. 357, parágrafo 4.º) não é prova e não pode ser referida na motivação. Mas isso não impede que a sua utilização, ainda que no debate para a admissão da causa, possa ser valorizada pelo juiz para estabelecer a credibilidade da pessoa examinada” (art. 500, parágrafo 3.º). E, é claro, em um sistema fundado na livre convicção, resta, pois, evidenciado o caráter pouco mais que formal da sua exclusão do juízo.

51. AS MEDIDAS DE ORDEM PÚBLICA

1. A ordem pública

“A autoridade de segurança pública vela pela manutenção da ordem pública, pela segurança dos cidadãos, pela sua incolumidade, e pela tutela da propriedade; cuida da observância das leis e dos regulamentos gerais e especiais do Estado, das províncias e das comunas, e também das ordens da autoridade; presta auxílio nos casos dos infortúnios públicos e privados”. Com estas palavras inicia-se o Texto Único das leis de segurança pública emanada com o R.D. 773, de 18.06.1931, que ainda dita a maior parte das *medidas de ordem pública* ou de *segurança pública*, isto é, um conjunto heterogêneo de medidas atípicas – nas quais estavam também compreendidas as “medidas de prevenção” hoje disciplinadas na lei sobre as “pessoas perigosas” de 1956 e pelas suas sucessivas modificações e integrações – deixadas inteiramente à discricionariedade da autoridade administrativa policesca. Embora se trate de medidas que incidam sobre direitos da liberdade de *status* constitucional, aqui não vige nem o princípio da estrita legalidade nem o princípio da submissão à jurisdição nem todo o conjunto das suas garantias conexas. Diversamente das medidas cautelares, colocadas à disposição da polícia judiciária e subsidiárias em relação à jurisdição, estas medidas são reservadas à competência funcional da polícia de segurança pública e são de todo estranhas à atividade jurisdicional e judiciária. A rigor, não pertencem à matéria penal, todavia, justamente porque representam uma derrogação ulterior ao princípio axiológico do monopólio penal e judiciário da força no Estado de direito, merecem ao menos ser recordadas. Distingui-las-ei em duas subclasses: as medidas ordinárias de administração policesca e as medidas de exceção.

2. Medidas ordinárias de administração policesca

Já comentei no parágrafo precedente a *convocação* e o *acompanhamento coato* “por meio da força pública”, previstos pelo art. 15 do Texto Único da lei de segurança pública, e a possibilidade de se transformarem em uma prisão não ritual e não controlada pela polícia. Uma ulterior lesão potestativa à liberdade pessoal é constituída pela tomada dos *sinais de identificação*, aos quais, ao arbítrio da autoridade de segurança pública, podem ser submetidos todos os que, com base no art. 4 do mesmo Texto Único, “refutem a confirmar ou aprovar a sua identidade”, mas também as pessoas que sejam consideradas simplesmente “perigosas ou suspeitas”.

Observe-se, ainda, o ~~tratamento~~ da liberdade de reunião dos arts. 18 a 24 do Texto Único. Precisamente o art. 18, depois de haver estabelecido a obrigação dos promotores do evento de “avisar com ao menos 3 dias de antecedência o chefe de polícia” sobre “quaisquer reuniões em locais públicos”, atribui a este, não apenas no caso “de omissão de aviso”, mas, também, por razões de “ordem pública, de moralidade ou de saúde pública”, o poder de “impedir que a reunião tenha lugar” ou de “prescrever modalidades de tempo e de lugar para as reuniões”. O art. 20, por outro lado, atribui à polícia o poder de suspender as reuniões em lugar público, em outras situações além daquelas referentes aos motivos de “ordem pública” ou de “segurança”, quando nelas “aconteçam manifestações ou marcantes sedições ou lesões ao prestígio da autoridade”. Temos assim um poder ilimitado, e portanto contrário não só ao art. 17 da Constituição que prevê a proibição das reuniões públicas apenas “por comprovados motivos de segurança ou de incolumidade pública” mas tam-

bém ao princípio geral de legalidade que é próprio do Estado de direito, o qual exclui que liberdade constitucional do cidadão seja mitigada por tutelas administrativas, mas exige que ela o seja apenas por rígidas delimitações legais.

Restrições à liberdade de manifestação do pensamento podem ser de outra parte também encontradas nas denominadas *autorizações e licenças de polícia* (art. 8) e suas conexas *prescrições* (art. 9). As relativas potestades podem, de fato, resolver-se em denegações ou revogações ou suspensões (arts. 10 e 11) e, portanto, em proibições referentes a uma quantidade inumerável de atividades e de misteres – entre as quais os espetáculos (arts. 68-85), sobre os quais é previsto um poder administrativo de *censura por “ofensa ao bom costume”* (arts. 6 e 12 da Lei 161, de 21.04.1962) e as tipografias (art. 111) – com consequente controle sob as suas formas essenciais de exercício da liberdade constitucional de expressão do pensamento. De outra parte, o art. 16 destina a todos “os oficiais e os agentes de segurança pública” a “faculdade de adentrar em qualquer hora” em todos os “locais destinados ao exercício de atividades sujeitas a autorização de polícia”, com fim de “assegurar o cumprimento das prescrições impostas pela lei, pelos regulamentos ou pela autoridade”, que é uma forma de perquirição não ritualizada e verdadeiramente potestativa que se agrega às várias formas de perquirição de polícia de caráter cautelar recordadas no parágrafo 50.3.

Totalmente relegada ao arbítrio de polícia é a *expulsão dos estrangeiros*. O ministro do interior (art. 150) e os prefeitos (arts. 152, parágrafos 1.º e 2.º) podem “expulsar” ou “afastar” e “enviar para a fronteira de maneira obrigatória” os estrangeiros não apenas se “condenados por delitos” (art. 150, parágrafo 1.º) ou também só por “contravenções”, à obrigação de apresentarem-se à autoridade de segurança pública no momento de chegada e da declaração de pernoite (art. 150, parágrafo 4.º, em relação aos arts. 142-148), mas, também, por meios não precisados “motivos de ordem pública” (art. 150, parágrafo 2.º), o que significa a sua total discricionariedade. De outro lado, segundo o art. 25 da Lei Reale (n. 152, de 22.05.1976), “podem ser expulsos do Estado os estrangeiros que não demonstraram, quando demandados pela autoridade de segurança pública, a suficiência ou a licitude de suas fontes de sustento na Itália”: isto não é válido por certo para os turistas, mas para os imigrantes do terceiro mundo, os refugiados e de maneira mais genérica os estrangeiros pobres.²⁹

Entre os poderes atípicos de polícia deve, por fim, ser recordado o poder de fazer uso das armas. Os casos de uso legítimo das armas por parte da polícia previstos pelo Código Rocco eram por si já extensos, para além das normais eximentes de legítima defesa ou de estado de necessidade (arts. 51 e 52 do Código Penal), incluindo-se aquele, genérico e indeterminado, da “necessidade de responder a uma violência ou de vencer uma resistência à autoridade” (art. 53 do Código Penal). O art. 14 da Lei Reale alargou estas disposições ulteriormente, nelas incluindo também a necessidade de “impedir a consumação dos delitos de naufrágio, submersão, desastre de aviões, ferroviários, homicídio voluntário, roubo à mão armada e seqüestro de pessoas”. Deste modo, o pressuposto de uma medida tão grave corre o risco de não ser sequer um fato, seja ele modesto como a violência ou a resistência à autoridade, mas apenas a finalidade subjetiva de “impedir” um dos crimes acima elencados, e, portanto, a mera suspeita da sua possível comissão futura. Acresça-se a isso que para os procedimentos relativos aos “crimes cometidos por oficiais ou agentes de segurança pública ou de polícia judiciária ou por militares em serviço de segurança pública para fatos cometidos em serviço e relativos ao uso de armas ou de outros meios de coação física”, os arts. 27-32 da Lei Reale estabelecem, em contraste com o princípio da igualdade, um controle especial e um tipo de

avocação permanente ao procurador-geral, com o pressuposto, talvez, de uma maior lealdade na apuração junto ao Executivo. O uso das armas é autorizado, pois, nos estabelecimentos carcerários, pela Lei 374, de 28.06.1977, que, dando força de lei a uma velha norma de um regulamento fascista – o art. 169 do Regulamento 2.584, de 30.12.1937, para o corpo dos agentes de custódia, contrário à Constituição e também ao Código Penal, e até então esquecido – “estende os poderes nele estabelecidos, no que concernem à atividade de vigilância externa, aos militares da força pública e das forças armadas chamados a concorrer no reforço dos serviços de segurança externa dos institutos penitenciários”: em outras palavras, aos *carabinieri* com a responsabilidade de “coordenação” de tais serviços por um Decreto ministerial de 04.05.1977. Com base nesta lei, as forças armadas e de polícia, além dos agentes de custódia, podem fazer uso das armas de fogo nos seguintes casos: 1) no interior do estabelecimento quando sejam premidos pela necessidade de apaziguar uma revolta dos detentos; 2) nos lugares onde os detentos trabalhem ao ar livre, e também nas hipóteses do n. 1, para impedimento de fuga; 3) no serviço de vigilância externa, quando no exterior se tente turbar de qualquer modo a ordem; 4) nos casos de tentativa de fuga por parte dos detentos, quando o fugitivo, malgrado a intimação para que pare, não desista de tentar a evasão.

3. Medidas de exceção, o estado de assédio e os vários estados de perigo

Uma série de medidas policiaiscas de exceção, com as quais podem ser suspensas as principais garantias constitucionais, continua a ser prevista pelo Texto Único de segurança pública nas hipóteses não melhor precisadas do estado de necessidade ou de perigo. Falarei no próximo capítulo dedicado ao direito penal da emergência, da ambígua e perigosa categoria de “razão de Estado” e da sua contradição com a lógica do “Estado de direito”. Aqui me limitarei a recordar a figura do direito de polícia que a informa.

Não propriamente por “razão de Estado”, mas por “razão administrativa e por assim dizer “de prefeitura” parecem informadas as *ordenações locais em matéria de ordem pública* previstas pelo art. 2 do Texto Único das leis de segurança pública. Esta norma atribuiu ao prefeito “no caso de urgência ou por grave necessidade pública, a faculdade de adotar os provimentos indispensáveis para tutela da ordem pública e da segurança pública”. Quais são os “provimentos indispensáveis” que podem ser adotados, e quais os seus específicos pressupostos, não se diz. Trata-se, portanto, de uma potestade por assim dizer “absoluta, não ancorada nem em condições de fato nem em formas ou modalidades normativas de exercício. Como tal – ainda que a Corte Constitucional, com a Sentença 26, de 23.05.1961, tenha declarado a ilegitimidade constitucional nos limites em que o seu exercício ocorra “sem respeito aos princípios do ordenamento jurídico” –, deve ter um resíduo absolutista, contrário à própria natureza do Estado de direito, que não admite a existência de provimentos administrativos não típicos, nem de plenos poderes não disciplinados pela lei.³⁰

Ainda mais inquietantes são o *estado de perigo público* e o *estado de guerra* (interna). Com o simples pressuposto de um perigo de desordem o “ministro do interior, com o consentimento do presidente do conselho dos ministros, ou os prefeitos, por delegação, pode declarar, por decreto, o estado de perigo público” (art. 214). Durante o estado de perigo público “o prefeito pode ordenar a prisão ou a detenção de quaisquer pessoas, sempre que considere necessário que assim o seja para restabelecer e para conservar

a ordem pública” (art. 215) e “o ministro do interior pode emanar ordens, ainda que signifiquem a derrogação de leis vigentes, sobre matérias que tenham pertinência com a ordem pública ou a segurança pública” (art. 216). Quanto ao “estado de guerra”, este pode ser igualmente declarado pelo “ministro do interior com a concordância do presidente do conselho de ministros” ou “dos prefeitos por delegação”, com base no, ainda mais indeterminado, pressuposto de que “seja necessário dar à autoridade militar a tutela de ordem pública” (art. 217, parágrafo 1.º). Em tal caso, além dos poderes excepcionais estabelecidos pelo estado de perigo e conferidos “à autoridade que esteja no comando das forças militares” (art. 217, *caput*) está previsto que “para que no que diz respeito à ordem pública, as autoridades civis exercite os poderes de autoridade militar àquela delegada” (art. 218, *caput*) e que “as pessoas imputadas dos delitos contra personalidade do Estado” (isto é, previstos pelos arts. 241-313 do Código Penal), “sejam julgadas pelos tribunais militares” (art. 219).³¹

Trata-se, como se percebe facilmente, de normas vistosamente inconstitucionais, em contraste com os arts. 13, 70, 76, 77, 78, 103, 103, parágrafo 3.º da Constituição. Como tais, devem ser consideradas ab-rogadas a partir da entrada em vigor da Constituição. Em particular, os arts. 217-219, referentes ao estado de guerra interna, isto é, por motivos de ordem pública, devem ser considerados ab-rogados pelo art. 78 da Constituição, que atribui de forma inequívoca às Câmaras – com o pressuposto de uma guerra com país estrangeiro, ou, talvez, de uma situação de guerra interna que devesse ser redefinida por uma lei, mas com certeza não de forma tão simples quanto “quando seja necessário confiar à autoridade militar a tutela da ordem pública” – o poder de deliberar acerca do “estado de guerra” e de conferir “ao governo os poderes necessários”. De outro lado, dado o silêncio da Constituição, deve ser considerado o estado de sítio ou de emergência apenas o estado de guerra, não se devendo deduzir, ao contrário, que também as normas do estado de perigo público tenham sido suprimidas pela Constituição. É de se temer, no entanto, que toda essa terrível rede normativa, colacionada em todas as compilações acerca de ordem pública, esteja ainda em vigor. Esta é, de resto, a opinião de uma boa parte da doutrina,³² segundo a qual as normas antes mencionadas deveriam ser consideradas vigentes enquanto não “ab-rogadas” pela Constituição, ainda que sejam constitucionalmente “ilegítimas”. Seriam, assim, plenamente eficazes até que a Corte Constitucional tivesse a ocasião (e se a tal ponto tenha tempo e a força!) de pronunciar sua inconstitucionalidade.

A questão, todavia, não é decidida apenas no terreno das argumentações jurídicas. Estas normas, que se afirma responderem à necessidade de tutela preventiva da ordem pública contra o genérico “perigo de desordem” (art. 214), como se fossem um tipo de norma fundamental do ordenamento, são minas vagantes do ordenamento jurídico. Elas permitem, com base em medidas puramente potestativas, a suspensão administrativa da Constituição e, em geral, do ordenamento inteiro; e poderiam ser invocadas em qualquer momento para justificar uma subversão de poder. Significa dizer que, até sua derrogação expressa, elas constituirão uma pesada hipoteca sobre todo o conjunto de garantias legais e constitucionais, colocando o poder de polícia acima da Constituição.

NOTAS

⁽¹⁾ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 563.

⁽²⁾ *Sociologia criminale*, cit., p. 453.

⁽³⁾ S. Longhi, *Per um codice della prevenzione criminale*, Società Editrice Unitas, Milano, 1922.

⁽⁴⁾ W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, Schriften (1955), trad. it. di R. Solmi. *Angelus nno-vus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 1981, p. 15. “O aspecto ignominioso dessa lei – diz Benjamin – repousa no fato de que nela desaparece a distinção entre violência que põe a lei da violência que conserva a lei. Se se exige da primeira que mostre seus títulos na vitória, a segunda fica sujeita à limitação de não se propor novos fins. A polícia liberou-se de ambas as condições. É poder que põe, posto que sua função não é a de promulgar as leis, senão qualquer disposição com força de lei, e é poder que conserva o direito, porque se coloca à disposição daqueles objetivos. A afirmação de que os objetivos do poder de polícia são sempre idênticos ou são vinculados aos do direito é profundamente falsa. Antes, o “direito” da polícia marca o ponto em que o Estado, pela impotência ou pelas condições iminentes a todo ordenamento jurídico, não está em condições de assegurar – com o ordenamento jurídico – os fins empíricos que pretende alcançar a qualquer preço. Por isso a polícia intervém, “por razões de segurança”, em inúmeros casos nos quais não existe uma clara situação jurídica, quando não impõe ao cidadão um vexame brutal sem relação alguma com os fins jurídicos, por meio de uma vida regrada por ordenações, ou quando, até mesmo, não o espiona. À diferença do direito... seu poder é informe, como sua presença espectral, irrefreável e difusa, sempre presente na vida dos estados civilizados”.

⁽⁵⁾ Naturalmente, as funções da polícia já haviam sido regulamentadas no direito romano e na Idade Média. Para o direito romano, veja-se T. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., I, p. 38 e ss. e 348 e ss.; M.A. De Dominicis, ‘Coercitio’, *Novissimo digesto italiano*, cit., III, 1959, p. 417-426; G. Purpura, *Polizia (diritto romano)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIV, 1985, p. 101-111; A. Pertile, *Storia del diritto pubblico e delle sue fonti*, *Storia del diritto italiano*, cit., II/2, p. 3 e ss. e 186 e ss.; idem, *Storia del diritto penale*, cit., p. 659-676; I. Santangelo Spoto, *Polizia*, *Digesto italiano*, cit., XVIII/2, 1906, p. 974-987; M. Le Clère, *Histoire de la police*, Presses Univ. de France, Paris, 1964, p. 14-48; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., XXXIV, 1985, p. 111-120. Contudo, a especialização das funções policiais em relação às demais funções do governo e à função judicial apenas se produziu por uma larga série de decretos de ordenações em matéria de costumes e ordem pública a partir do século XVII: na França graças às *Ordonnances* de 15.03.1667 e de 14.04.1669 de Luiz XIV; na Alemanha graças à *Allgemeine Ordnung die Verbesserung des Iustiz-Wesens betreffende*, emanada em 02.06.1713 por Federico Guglielmo I. Sobre o tema, O. Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, org. V. E. Orlando, Società Ed. Libreria, Milano, 1904, IV, I, p. 262 e ss. e I. Santangelo Spoto, loc. cit., que recordam também a primeira sistematização das instituições policiais na literatura jurídica alemã e francesa no século XVIII (cf. *infra* nota 8); G. Astuti, *La formazione della stato moderno in Italia*, Giappichelli, Torino, 1957, p. 257 e ss.; A. Chiappetti, *Polizia (Diritto pubblico)*, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 121 e ss.

⁽⁶⁾ Ob. cit., p. 16.

⁽⁷⁾ Veja-se o escrito de C. Beccaria, *Sulla polizia* (1790), in *Opere*, cit., vol. II, p. 697-704, onde se encontra uma apaixonada apologia do gabinete de polícia, recentemente estabelecido em Milão, e de suas atribuições de “vigilância”, fichamento de pessoas, alistamento obrigatório no serviço militar dos ociosos e dos cometedores de delitos leves, assim como dos “registros” (“praticados apenas quando há fundada suspeita; donde se deduz a falta de fundamento dos protestos dos cidadãos interessados em aparecer como se no atual sistema estivessem expostos a registros caprichosos e a vexames indevidos, para descrédito da polícia”). Na segunda metade do século XVIII desenvolveu-se uma rica literatura jurídica sobre o conceito e regulamentação da polícia, sobretudo na França e na Alemanha: recordem-se as obras dos alemães Justi, Sonnenfels, Lotz e Moser e dos franceses Delamare e Peuchet, relembrados por O. Ranalletti, ob. cit., p. 264.

⁽⁸⁾ Uma vez mais foram a Prússia e a França – aquela com a regulamentação das funções de *Po-lizei* no Código geral (*Allgemeines Landrecht*) de 1794, esta com a leis napoleônicas de 17.02.1800 e 10.07.1804 de regulamentação da polícia (org. Joseph Fouché) – as que brindaram o modelo organizativo da polícia moderna. Com respeito à organização da polícia nos Estados pré-unitários e, depois, na Itália liberal, veja-se L. Lucchini, *Gli istituti di polizia preventiva in Italia*, Torino, Botta, 1881; G. Saredo, *Accattonaggio o mendicizia*, *Digesto Italiano*, cit., I/1, 1884, p. 250-286; G. De Rosa, *Sicurezza pubblica*, ob. cit., XXI/3, 1895, p. 330-383; L. Perroni, *La legge di pubblica sicurezza*, *Enciclopedia del Diritto Penale*, cit., vol. XIII, 1910, p. 1-508; I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia “liberale”*, *Le misura di prevenzione*, *Atti del convegno “Enrico De Nicola” svoltosi ad*

Aghero nell'aprile 1974, Giuffrè, Milano, 1975, p. 197-212; R. Canosa, *La polizia in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 8-61; R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Il Mulino, Bologna, 1980; F. Cordova, *Democrazia e repressione nell'Italia di fine secolo*, Bulzoni, Roma, 1983; M. Sbriccoli, ob. cit., p. 118-120; A. Chiappetti, ob. cit., p. 124-129. De particular interesse é também o volume, rico em referências bibliográficas, *Ammministrazione della giustizia e poteri di polizia dagli stati preunitari alla caduta della destra*, Istituto de Storia del risorgimento italiano, Roma, 1986, que reúne estudos de C. Ghisalberti, *Premesse ideologiche e modelli ispiratori*, p. 23-41; G. S. Pene Vidari, *Il Regno di Sardegna*, p. 43-83. N. Raponi, *Il Regno Lombardo-Veneto (1815-1859/66)*, p. 91-157; B. Montale, *Ducato di Parma e Piacenza, Ducato di Modena e Reggio*, p. 215-260; L. Lotti, *Il Granducato di Toscana*, p. 267-287; A. Scirocco, *Il Regno delle Due Sicilie*, p. 295-322; F. Bartoccini, *Lo stato pontificio*, p. 371-403; A. Berselli, *Amministrazione e ordine pubblico dopo l'unità*, p. 165-211; cf., também, o recente estudo de C. Mangio, *La polizia toscana. Organizzazione e criteri d'intervento (1765-1808)*, Giuffrè, Milano, 1988.

⁽⁹⁾ Por esta razão são especialmente meritórias as contribuições de L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962; G. Amato, *Individuo e autorità*, cit.; A. Chiappetti, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Cedam, Padova, 1973; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 111-273, e, sobretudo, G. Corso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, com ampla bibliografia no apêndice.

⁽¹⁰⁾ *Programma. Parte generale*, cit., I, p. 34.

⁽¹¹⁾ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 287, p. 249. Sobre o *Polizeistaat* na doutrina, P. Schiera, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Giuffrè, Milano, 1968; C. Ghisalberti, ob. cit., p. 26 e ss.; A. Chiappetti, *Polizia*, cit., p. 122-124.

⁽¹²⁾ Em concreto eram 12.614 sobre 36.728, equivalente a 34,3% da população carcerária (ISTAT, *Annuario di statistiche giudiziarie*, 1955, Roma, 1956, p. 500).

⁽¹³⁾ O número de presos aguardando julgamento chegou a superar a metade da população carcerária – 16.020 sobre 30.961, o equivalente a 51,7% – em 1975, após o aumento dos prazos máximos de prisão preventiva advindos com o Decreto-lei de 11.04.1974, e cresceu constante nos anos sucessivos, até alcançar sua quota máxima em 1983, como consequência do agravamento produzido pela Lei Reale de 22.05.1975 e pelo Decreto-lei de 15.12.1979: 18.006 detidos sobre 29.504, ou 61%, em 1976; 19.558 sobre 28.691, ou 68,1% em 1981; 23.585 sobre 33.416, ou 70,5% em 1982; 27.749 sobre 40.031, ou 69,3% em 1983. Depois de 1984, por causa da redução da duração máxima operada pela Lei de 28.07.1984 e mais tarde pela de 05.08.1988, as cifras, tanto absolutas como proporcionais, foram diminuindo: 23.807 sobre 41.158, ou 57,8% em 1985; 18.158 sobre 32.284, ou 56,2% em 1988; 17.167 sobre 36.252, ou 47,35% em 1989 (para os dados anteriores a 1985, veja-se L. Daga, *Prime osservazioni sull'applicazione della legge n. 663/1986, Questione Giustizia*, 1987, 3, p. 648; os dados relativos a 1988 e 1989 são oriundos de fonte ministerial). Nesse ínterim, a duração média dos processos no primeiro grau de jurisdição, que em 1979 chegou a 24 meses, caiu para 18 meses em 1986 (*Annuario di statistiche giudiziarie per gli anni 1978-79 e per il 1986*, Roma, 1981 e 1988, respectivamente às p. 180 e 319).

⁽¹⁴⁾ *Procedura penale*, cit., p. 138.

⁽¹⁵⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 259-260, que afirma que a custódia preventiva “não constitui uma pena”, razão pela qual, “qualquer dano que se obrigue um homem a padecer ao aprisioná-lo antes que sua causa seja julgada, e que vá mais além do que o necessário para assegurar sua custódia, vai contra as leis da natureza”; G. Filagieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. VII, p. 80 e ss., onde se encontra a necessidade de um melhor tratamento aos presos que aguardam julgamento e a necessária “diferenciação entre os cárceres para os acusados e os para os condenados”; F. Carrara, ob. cit., par. 898, p. 397, que lamenta que “na maior parte das prisões da Europa, os calabouços são os piores locais do estabelecimento, e neles se trata pior o cidadão amparado pela presunção de inocência que o culpado já condenado”. O princípio da não afluência da prisão preventiva foi também consagrado no art. 9 da Declaração de Direitos de 1789: “Já que todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado, e caso se entenda ser necessário prendê-lo, qualquer rigor desnecessário para esta finalidade deve ser reprimido pela lei”. O art. 277 do novo Código de Processo reconhece formalmente o princípio: “As formas de execução das medidas devem salvaguardar os direitos do imputado, cujo exercício não seja incompatível com as exigências cautelares do caso concreto”.

⁽¹⁶⁾ Sobre a assimilação da custódia preventiva à tortura, vejamos os textos de Carnignani, Carrara e Nicolini, *supra*, nota 40 do Capítulo 9.

⁽¹⁷⁾ Cf., por todos, F. Antolisei, *ob. cit.*, p. 546-548; A. de Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza, Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, p. 1.288 e ss. e, por último, G. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., p. 679 e ss. A mesma tese é defendida por Pietro Nuvolone, que, no entanto, considera “ato jurisdicional” a aplicação das medidas de prevenção, e exclui toda “diferenciação conceitual” entre as duas categorias de medidas, que, por outro lado, trata conjuntamente (*Misure di prevenzione e misure di sicurezza, Enciclopedia del Diritto*, cit., XXVI, 1976, p. 649 e 633).

⁽¹⁸⁾ Sobre estas formas de “reclusão branca” por enfermidade mental superveniente, posterior ao juízo ou à pena, vejamos-se as elegantes páginas de I. Cappelli, *Gli avanzi della giustizia*, cit., p. 68-82, que recolhem inúmeros e terríveis casos de loucos esquecidos às vezes durante decênios nos manicômios judiciais.

⁽¹⁹⁾ Instituições análogas podem ser encontradas nos ordenamentos pré-modernos. Vejamos, por exemplos, as referências à *relegatio* romana e às “cidades-asilo” bíblicas na nota 125 do capítulo 7. Traços da antiga relegação encontram-se na França, nos editos de 1682 e 1715 e mais tarde em uma lei de novembro de 1815 (M. Carnot, *Commentaire sur le code penal*, Warée, Paris, 1823, tomo I, p. 45). O *Code Pénal* de 1810 instituiu a “vigilância da alta polícia” (art. 11), que supunha o pagamento de uma caução, ou ficava à mercê do governo, “que tem o direito de ordenar tanto a retirada compulsória do indivíduo de um certo lugar, como que fixe residência em um determinado lugar” (art. 44), e era aplicada em alguns delitos como pena principal (arts. 100, 107, 108 e 138), e mais frequentemente como pena subsidiária aos trabalhos forçados e ao desterro (arts. 47 e 48) ou à reclusão por delitos contra a segurança do Estado (art. 49), assim como à rebelião (art. 210), objetivo de fuga (art. 246), extorsão (art. 380), atentado aos bons costumes (art. 335), seqüestro (art. 343), furto (art. 401) e promoção, de ainda que na forma tentada, de greve (art. 446). Acrescentava-se também ao agravamento da pena prevista para os reincidentes (art. 58). Quanto à condição de vagabundo ou de ocioso, foram tratados pelo Código napoleônico como delitos autônomos, assim como fizeram as demais legislações européias (art. 269 e 271).

⁽²⁰⁾ A citação é reconhecida por I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione*, cit., p. 197. Sobre a legislação dos Sabóia relativa às causas de prevenção, veja-se também G. de Rosa, *Sicurezza*, cit., p. 363 e ss. G. S. Pene Vidari, *ob. cit.*, p. 63-72. Recorde-se que Cesare Beccaria havia dedicado um capítulo inteiro aos ociosos em *Dei delitti e delle pene*, cit., XXIV, p. 54-55: “Chamo de ocioso político aquele que não contribui para a sociedade nem com trabalho nem com riqueza, as quais adquire sem nunca as perder... Não é ocioso politicamente quem goza o fruto dos vícios ou das virtudes e vende por prazeres atuais o pão e a existência à indústria da pobreza, quem exercita em paz a tácita guerra de indústria com a pobreza em lugar da incerta e sanguinária com a força”. No mesmo capítulo o autor propõe o “desterro para os que turbam a tranquilidade pública” e contra os suspeitos de “delitos atrozes”.

⁽²¹⁾ Trata-se – prosseguia a Exposição de motivos – de um delito excepcional que, como já se disse, é ocasião e fonte de todos os demais delitos e crimes... E, sendo origem dos demais, exige, por razões especiais, que o governo possua dos meios necessários para reprimi-los rigorosamente (cit. de I. Mereu, *ob. cit.*, p. 198). A qualificação de “ocioso” ou “vagabundo” impunha-se por meio de um ato de submissão diante de um juiz como consequência de uma denúncia da autoridade de segurança pública. A configuração do delito de *status* de ocioso ou de vagabundo surge com o edito francês de 05.02.1731, e foi consagrado pelo Código de 1810, segundo o qual “a vagabundagem é um delito” (art. 269), punido com reclusão de três a seis meses, seguido de uma *surveillance ordinaire* (art. 271). Os Códigos romeno, finlandês, português e holandês e o da Noruega de 31.05.1900, o dinamarquês de 1.º.05.1905, os *Vagrancy Acts* ingleses, alguns Códigos da Confederação Suíça e o Código de New York também prevêem disposições análogas (cf., sobre estas leis, G. Sabatini, *Ammonizione*, in *Novissimo digesto italiano*, 1957, I/1, p. 576). Finalmente, recorde-se a lei soviética a respeito dos “parasitários” ditada em maio de 1961 na R.S.F.S.R. e mais tarde em outras repúblicas soviéticas por virtude da qual aqueles que levam uma vida parasitária, refusingo “trabalhar honestamente”, ou “explorando ganhos com terrenos, automóveis ou atividades urbanísticas”, dedicando-se simultaneamente a empregos públicos e a atividades empresariais privadas ou realizando “outras atividades anti-sociais” serão submetidos, após repreensão sem êxito”, ao “confinamento em localidades especificamente designadas, por um período de dois a cinco anos, confiscando-se-lhes as propriedades adquiridas com proventos não oriundos do trabalho e com inscrição obrigatória ao trabalho no mesmo lugar” (H. J. Berman, *La giustizia nell'U.R.S.S.*, cit., p. 297-305).

⁽²²⁾ I. Mereu, ob. cit., p. 202-203. A “cartilha operária” na qual o trabalhador devia anotar seus deslocamentos foi criada na França por um edito de 02.01.1749, e esteve em vigor até 1890 (cf. G Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., p. 126-127). A consideração dos trabalhadores como “suspeitos subversivos” foi retomada pelo Código napoleônico de 1810, cujo art. 219 qualificava e castigava como “reuniões rebeldes” aquelas realizadas por “obreiros e jornaleiros nos ateliês públicos ou manufaturas” e acompanhadas de “violências ou ameaças” contra a força pública; e cujos arts. 415 e 416 puniam com prisão de um a três meses – e de dois a cinco anos além de outras “submissões à vigilância policial” para chefes e promotores – toda coalizão de obreiros para deixar de trabalhar simultaneamente, proibir o trabalho em uma oficina, impedir a entrada ou permanência antes ou após determinadas horas e, em geral, para suspender, impedir ou obstaculizar trabalhos, assim como toda “tentativa ou começo de execução” de greve e toda forma de intimidação dirigida pelos trabalhadores aos empresários ou seus companheiros.

⁽²³⁾ A origem destas normas são os arts. 375-382 do *Code Napoléon* de 1806, que previam, entre outros “meios de correção”, o poder do pai para “fazer prender” o filho menor “durante o tempo máximo de um mês quando tenha motivos muito graves de descontentamento de sua conduta”. Se o filho fosse menor de 16 anos, o presidente do tribunal não podia julgar de modo algum a decisão do pai e devia “a seu pedido” ordenar a prisão; se, ao contrário, o filho fosse maior de 16 anos ou tivesse bens próprios, o presidente tinha a faculdade de aceitar ou não a ordem de prisão (art. 377 e 382). Em todo caso, não se exigia “escrito nem formalidade judicial alguma”, apenas a “ordem de prisão sem mencionar seus motivos” (art. 378). O pai sempre detinha em suas mãos o poder de “anular a detenção que houvesse ordenado ou solicitado” (art. 379). Com algumas modificações passaram, do Código napoleônico vigente até 1806 no Reino da Itália aos Códigos pré-unitários: ao napolitano (art. 302-308), ao parmesão (art. 84-90), ao paduano (art. 120-125) e ao sardo (art. 214-221). E, posteriormente, foram incluídas no Código Civil italiano de 1865, cujo art. 222 substituiu o cárcere por “casas” especiais ou por “instituições de educação”, mantendo, porém, o caráter totalmente potestativo da decisão paterna e o informalismo da decisão judicial: “o pai que não logre refrear os extravios do filho pode alijá-lo da família, assinalando-lhe, segundo seus recursos, os alimentos estritamente necessários; ou confiá-lo, recorrendo quando for necessário ao presidente do tribunal, a casa ou estabelecimento de educação que reputar mais indicado para corrigi-lo ou melhorá-lo. A autorização pode ser solicitada também verbalmente, e o presidente a proverá, sem formalidades e sem indicar os motivos de sua decisão”. Finalmente, o art. 319 do Código Civil de 1942, em vigor até 1975, reproduziu o art. 222 do Código precedente, com a simples substituição de “extravios” por “má conduta” e exigindo sempre a “autorização do tribunal”.

⁽²⁴⁾ Sobre a exclusão, por parte da Escola Clássica, da relevância penal dos atos preparatórios quando não chegassem a ser tentados e não significassem um “perigo concreto” no sentido de Carrara (*perigo em curso*), veja-se, *supra*, os parágrafos 33.4 e 34.3. A figura dos atos preparatórios esteve a ponto de ser elevada à categoria de delito em 1978 quando, para impedir o *referendum* abrogatório da Lei Reale, por meio de uma modificação do texto, foi apresentado (em 16 de março) um projeto de lei, não aprovado por insuficiência de tempo, que em seu art. 5 previa para estes delitos até mesmo detenção judicial, que, por estar vinculado a um delito de suspeita, havia se transformado em uma detenção policial ou de segurança pública.

⁽²⁵⁾ A tese de inconstitucionalidade das medidas de prevenção é defendida por L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 513 e ss. Com a tese oposta, vejam-se, por todos, P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 634 e ss.; F. Tagliarini, *Le misure di prevenzione contro la mafia, Indice penale*, 1974, 2, p. 369-389.

⁽²⁶⁾ A origem desta faculdade instrutória no direito processual moderno pode ser rastreada no art. 10 do *Code d'instruction Criminelle* francês de 1810, que determinava aos prefeitos e à polícia judicial “todos os atos necessários para comprovar os crimes, os delitos e as contravenções, e para entregar os autores aos tribunais encarregados de castigá-los”.

⁽²⁷⁾ Para uma primeira análise, cf. P. L. Vigna, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, *La giustizia penale*, III, março 1988, p. 257-271; idem, *Investigazione e prova nel processo penale*, ob. cit., V, maio 1988, p. 321-325; V. Grevi, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, ob. cit., VI, junho 1988, p. 353-374.

⁽²⁸⁾ Sobre este tema, com referência às torturas praticadas pelos agentes do Núcleo Especial Operativo de Seguridade (Nocs) entre 28 e 31.01.1982, pela detenção de cinco brigadistas pelo seqüestro do

Gal. Dozier, e sobre o juízo acrobático absolutório da Corte de Cassação, L. Saraceni, Come si svuota un processo (La vicenda dei Nocs dall'istruttoria al giudizio di cassazione), *Questione giustizia*, 1988, 2, p. 331-341; Francesco Badano, *Nel maggio 1988*; F. Misiani, La tortura moderna, ob. cit., p. 43-441.

⁽²⁹⁾ Veja-se, sobre esta questão, M. Mazzanti, Espulsione dello straniero, *Enciclopedia del Diritto*, cit., XV, 1966, p. 913 e ss.; G. Sabatini, Stranieri (espulsione degli), *Novissimo digesto italiano*, cit., XVIII, 1971, p. 543 e ss.; P. D'Agostino, Stranieri, ob. cit., *Appendice*, cit., VII, 1987, p. 585-588; G. Cerminara, Prassi discutibili e incerte prospettive per il soggiorno degli stranieri in Italia, *Questione giustizia*, 1987, 1, p. 20-28; M. La Terza, *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, ob. cit., p. 29-43.

⁽³⁰⁾ Que a sentença do Tribunal Constitucional de 1961 não havia questionado sua natureza de poder de conteúdo indeterminado, fica provado pelas aplicações da norma a questões de liberdade constitucional de reunião. Em sua virtude redigiram-se em 13.03 e 22.04.1977 os regramentos que proibiram durante 15 e 45 dias, “em Roma e na província todas as manifestações, reuniões e concentrações que, com seu caráter público, fossem convocadas ou realizadas por partidos, associações ou movimentos políticos”.

⁽³¹⁾ Recorde-se, entre os casos mais conhecidos, o R.D. 147, de 07.05.1898: “Art. 1. Declara-se na província de Milão estado de sítio. O cavaleiro Fiorenzo Bava Becaris, do III Corpo da Armada é nomeado nosso comissário extraordinário com plenos poderes. Todas as autoridades civis ou militares estarão a ele subordinadas. Dito comandante, nosso comissário extraordinário, está autorizado a estender a declaração de estado de sítio a outras províncias compreendidas na jurisdição do mesmo corpo do exército quando o julgue necessário para a tranquilidade pública”. Em resposta a um recurso apresentado por Anna Kuliscioff, a Corte de Cassação se pronunciou nestes termos singulares: “Este supremo colégio tomou a decisão de declarar que, dada a necessidade de afrontar com meios excepcionais as desordens internas, questão esta que não corresponde a determinação judicial, é plenamente legítima a declaração de estado de sítio, porque a saúde da pátria é suprema para todos. Se não existe uma disposição nos Códigos que estabeleça que as regras do Código Penal Militar são aplicáveis à insurreição e à guerra civil, tampouco existe no estatuto fundamental do Reino nem em outras leis qualquer disposição que o proíba” (L. Perroni, ob. cit., p. 9). Sobre a legislação excepcional e sobre os estados de sítio na Itália do século passado, veja-se L. Violante, La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare, *Rivista di Storia Contemporanea*, 1976, p. 481-524; R. Martucci, *Emergenza*, cit., onde se analisam, antes de tudo, as leis excepcionais contra os bandoleiros entre 1861 e 1863; F. Cordova, *Democrazia e repressione*, cit.

⁽³²⁾ No mesmo sentido, cf., por exemplo, F. Modugno e D. Nocilla, Stato d'assedio, *Novissimo digesto italiano*, cit., XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 28. Em sentido contrário, G. Corso, *L'ordine pubblico*, cit., p. 241-247.

O SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 52. EMERGÊNCIA PENAL, RAZÃO DE ESTADO E ESTADO DE DIREITO: 1. Emergência e estado de exceção. A exceção e a regra; 2. O delito político. Duas tradições: razão de Estado e direito de resistência; 3. A incompatibilidade entre Estado de direito e direito penal de exceção – 53. AS TRÊS FASES DA EMERGÊNCIA PENAL: 1. A primeira fase: o direito especial de polícia; 2. A segunda fase: o direito penal político especial; 3. A terceira fase: o direito penal diferenciado – 54. LINEAMENTOS DO DIREITO PENAL ESPECIAL OU DE EXCEÇÃO: 1. A mutação substancial do modelo de legalidade penal; 2. O gigantismo processual e os maxiprocessos; 3. A deformação policial da jurisdição de emergência; 4. O futuro da jurisdição penal – 55. MEIOS E FINS PENAIIS: DEPOIS DA EMERGÊNCIA: 1. Se o fim justifica os meios. Estado de necessidade e Estado de direito; 2. Perspectivas de reforma da legislação; 3. Dois pontos de vista para uma deontologia da jurisdição.

52. EMERGÊNCIA PENAL, RAZÃO DE ESTADO E ESTADO DE DIREITO

1. Emergência e estado de exceção. A exceção e a regra

A análise desenvolvida nos dois capítulos precedentes aclarou uma tendente mutação de paradigma, nos anos setenta e oitenta, do sistema penal italiano, e uma acentuação da sua variação em relação ao modelo de legalidade penal desenhado pela Constituição e originário da tradição liberal. Não compreenderemos, todavia, a natureza deste fenômeno se não identificarmos suas origens na legislação de exceção e na jurisdição não menos excepcional que nestes mesmos anos alteraram seja a fonte de legitimação política do direito penal seja os seus princípios inspiradores. A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia. Desta regressão interessa agora verificar quais são os aspectos consolidados – além da sua professada natureza “especial” ou “excepcional” – em normas, praxes e culturas destinadas a fazer parte da administração ordinária da justiça e das mesmas estratégias legislativas voltadas nestes anos a promover a superação da emergência.

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito

disciplinam a função penal. Esta concessão da emergência outra coisa não é que a idéia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*:¹ a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do “direito de emergência” (*Grundnorm*), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.

A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias. As práticas, de fato, todas as vezes obstaculizadas por impasses legais e garantistas, são sempre vistas com sentimento de exceção, isto é, com a idéia de que, no caso concreto, tanto mais se política ou socialmente grave e alarmante, é “excepcional” em relação à regra. “In atrocimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi”, foi a máxima de Claro que ainda hoje pode servir de epígrafe a toda e qualquer doutrina penal de emergência. “Direito penal de exceção”, de fato, designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada.

As duas coisas são obviamente conexas, assinalando, em níveis diversos, uma mesmíssima crise de legalidade do direito penal, resultado da crescente divergência entre o seu dever ser normativo e o seu ser efetivo. Mas uma não justifica a outra, ainda que seguramente tenha contribuído para alimentá-la. Certamente as leis de emergência alargaram de maneira enorme o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos. Certamente a repressão ao terrorismo e à criminalidade organizada reclamou nos anos passados processos difíceis e complexos, nos quais as margens de erro eram maiores do que nos casos ordinários e assim abriam-se espaços para a ocorrência de injustiças involuntárias. Entretanto, certo é que em muitos casos as injustiças foram verdadeiramente decorrentes da lei. Mas as críticas das leis excepcionais não podem afastar a responsabilidade dos muitos juízes que transgrediram, freqüentemente, aquelas mesmas leis. E “quando, ao observar mais atentamente aqueles fatos” — são as severas palavras de Alessandro Manzoni —, “se descobre uma injustiça que poderia ser vista por aqueles mesmos que a cometiam, um transgredir as regras admitidas mesmo por eles, das ações levadas a cabo em tais circunstâncias, é de se pensar que, se não sabiam o que faziam, é porque não queriam sabê-lo, foi por aquela ignorância, a qual o homem assume e perde a seu bel-prazer, e não é uma escusa, mas uma culpa; e que de tais fatos se pode ser forçosamente vítimas, mas não autores”.²

2. O delito político. Duas tradições: razão de Estado e direito de resistência

A emergência do terrorismo político e o desenvolvimento na Itália de um direito penal de exceção baseado no emprego de uma figura de delito associativo puseram em pauta uma vez mais um tema antigo da filosofia jurídica: aquele do tratamento dos *delitos políticos*, que opõem diretamente cidadãos e instituições estatais, ofendendo e colocando em perigo, além dos bens particulares concretamente ofendidos, a soberania do Estado e os seus interesses políticos fundamentais.

Antes das codificações modernas, estes crimes incorporavam a vasta categoria de crimes de *lesa-majestade*, e pela sua natureza subtraídos do princípio de estrita legalidade porque compreensivos de qualquer ofensa – ainda que fosse extremamente leve, até a *cogitatio* ou a *voluntas sine actu* – a autoridade do soberano.³ “Delito político” é, no entanto, uma categoria moderna relativamente recente, que faz a sua primeira aparição legislativa, em contraposição a “delito comum” na França do século passado, no transcurso da revolução de julho.⁴ Por ela se entendem figuras criminosas predeterminadas pela lei, como, por exemplo, aquelas definidas pelo art. 8 do Código Penal italiano, segundo o qual são *objetivamente políticos* os delitos contra a personalidade do Estado previstos nos dois primeiros capítulos do primeiro título do livro segundo (arts. 241-294), os quais “ofendem um interesse político do Estado, ou ainda um direito político do cidadão”, e *subjektivamente políticos* todos os delitos comuns “determinados no todo ou em parte por motivos políticos”.⁵ Permanecem, todavia, também na configuração hodierna desses delitos políticos, resíduos da velha figura dos *crimina maiestatis*: pense-se nas diversas tipificações de “atentados” ou de “vilipêndios” e naqueles crimes de “associação subversiva”, “bandos armados” e “insurreições armadas”, os quais partilham com as antigas figuras dos crimes de lesa-majestade, a absoluta generalidade e indeterminação do significado e, desta maneira, a subtração ao princípio da estrita legalidade penal.⁶

Na concepção dos crimes políticos, e ainda antes desses, dos *crimina laesae maiestatis*, se intercalam e se alternam historicamente duas tradições filosóficas opostas. A primeira tradição é aquela que se informa com relação ao *direito de resistência*, concebido como direito natural de grupos sociais organizados ou de todo o povo a opor-se com qualquer meio – também com delito político e até com o regicídio – contra o exercício abusivo e tirânico do poder estatal.⁷ Trata-se de uma tradição antiqüíssima, que deita raízes no jusnaturalismo clássico, que foi expressa de forma emblemática pela Antígona de Sófocles; desenvolve-se com as doutrinas paleocristãs da desobediência em caso de conflito entre preceitos jurídicos e regras religiosas e, depois, com aquela da Alta Idade Média germânica do tiranicídio;⁸ prossegue com a doutrina tomística da desobediência às leis injustas, com a do inglês Henry Bracton e de John Fortescue quanto à limitação legal do poder régio e com aquela alemã da dupla soberania e da resistência no “*Ständesstaat*” ou “Estado de ordens”;⁹ radicalizam-se no “Cinquecento” em conexão com as lutas de religião, com a doutrina calvinista dos monarcas de Hotman e Beza até Du Plassis Mornay, Buchanan e Danaeus;¹⁰ consolida-se teoricamente na Idade Moderna por obra do jusnaturalismo racional e contratual – desde Altusio e Grócio até Locke, Rousseau e Condorcet¹¹ – até ser sancionada positivamente pelo reconhecimento do “direito de resistência” em muitas Constituições do século XVIII e também em algumas constituições contemporâneas do segundo pós-guerra.¹²⁻¹³

A segunda tradição que concorre, de maneira seguramente prevalecente, na configuração e no tratamento do crime político, é aquela que se informa do princípio oposto, em grande parte moderno, da *razão de Estado*, entendendo-se por “razão de Estado” um princípio normativo da política que faz do “bem do Estado”, identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicional da ação de governo. Ainda que o conceito de “razão de Estado” não se encontre usado freqüentemente no léxico filosófico político, é certo que ele, como demonstrou Friedrich Meinecke, informa ininterruptamente a história prática do Estado moderno e, por outro lado, todo pensamento político absolutista e autoritário do século XVI em diante.¹⁴ O *príncipe*, de Maquiavel é, na sua substância, um tratado sobre a razão de Estado, ainda que essa expressão não seja

utilizada. E de Maquiavel em *dian*te a idéia de “razão de Estado” como superioridade da razão política em relação ao direito e à moral, é de fato, mesmo se não expressamente tematizada, o princípio inspirador de todas as filosofias políticas estatais, desde os teóricos do absolutismo como Bodin e Botero¹⁵ das doutrinas dos “interesses do Estado” na França do século XVII,¹⁶ até a obra de Fichte, Hegel¹⁷ e por último na obra de Carl Schmitt,¹⁸ que são filosofias singularmente convergentes, por este aspecto, com as doutrinas revolucionárias – de Necaev até Lukacs, e com as perversões stalinistas e terroristas – quanto à justificação ético-política das “mãos sujas” e do uso “oportunist” do direito.¹⁹ No direito e no processo penal a mesmíssima idéia é, por outro lado, encontrada na base de todos os modelos anti-liberais e anti-garantistas, informados, invariavelmente, pela concepção do delinquente político como “inimigo”, a ponto de suprimir no interesse geral a sua identificação *extra legem*, com base em critérios substanciais e instrumentos inquisitivos.²⁰

As duas tradições – aquela do direito de resistência como justificação do direito político, qualquer que este seja, e aquela da razão de Estado como justificação da sua repressão, qualquer que seja – são entre si opostas e todavia concorrentes e conviventes tanto no pensamento como na praxe da política moderna: uma, fundada na justificação de qualquer meio, ainda que imoral e penalmente ilegal em relação ao fim ético da resistência contra as perversões tirânicas do Estado; a outra, fundada na justificação de qualquer meio, ainda que mais imoral e ilegal, com o fim igualmente ético de defender o Estado contra os atentados internos, e não apenas externos, à sua segurança. Conviventes ao ponto que são introduzidos em conjunto em institutos jurídicos, até mesmo no interior do mesmo ordenamento, como na Alemanha Federal, em cuja constituição estão previstos simultaneamente o direito de resistência (art. 20, parágrafo 4.º) e um princípio de autotutela virtualmente ilimitado pelo ordenamento democrático e liberal (arts. 18 e 21, *caput*). Ou como em quase todos os modernos sistemas penais onde as duas tradições têm dado lugar desde longo tempo a uma ambivalência no tratamento dos delitos políticos, para os quais, enquanto o princípio de “razão de Estado” sempre justificou tratamentos penais severíssimos, agravantes especiais e procedimentos excepcionais, a tradição informada pelo “direito de resistência” inspirou por oposição institutos de favor, como a concessão de anistia, a proibição de extradição por delitos políticos (art. 8 da nossa Constituição) e a atenuante dos “motivos de particular valor moral e social” (art. 62, n. 1, do Código Penal).²¹

Qual o desfecho destas duas tradições políticas com o nascimento do Estado moderno na forma de *Estado de direito*? Parece-me que a primeira tradição, qual seja a do direito de resistência, não obstante alguma elaboração oitocentista²² e a enunciação já recordada em algumas constituições do último período pós-guerra, de fato desaparece, sendo transmutada na versão conservadora do Estado de direito e da limitação e divisão dos poderes. “Contra o supremo legislador do Estado” proclamou Kant, “não pode existir qualquer oposição legítima por parte do povo; porque apenas graças à submissão de todos à sua vontade universalmente legisladora é possível um Estado jurídico; portanto, não pode ser admitido nenhum direito de *insurreição* (*sedition*) e muito menos o de *rebelião* (*rebellion*) e ainda menos os *atentados* aos detentores do poder enquanto indivíduos (como os monarcas) sob o pretexto de abuso de poder (*tyrannis*).”²³ Se, de outra parte, tem-se – por causa da falácia normativista que analisarei no parágrafo 61.4 – que, no Estado absoluto, o direito de resistência se justifica, com base numa fundação jusnatural e contratualista da obrigação política, como garantia contra as violações por parte do soberano do contrato social estipulado com os seus súditos, esta perde grande parte da sua razão teórica e da sua justificação

axiológica num ordenamento caracterizado pela sujeição à lei de todos os atos de Estado e pela previsão de remédios e sanções jurídicas, também penais, para as violações daqueles “pactos sociais”, que são as leis, por parte dos titulares dos poderes públicos.²⁴ Assim, é evidente a confusão entre direito e fato: isto é, a assunção como um fato da sujeição a sanções dos poderes públicos, que é, por seu turno, apenas um princípio normativo e que torna politicamente injustificada a resistência apenas se – e enquanto – é efetivo.

Diversa é a situação do princípio da “razão de Estado”. Caso se exclua a Toscana, onde por poucos anos os delitos de lesa-majestade foram explicitamente abolidos pela Reforma leopoldina de 30.11.1786²⁵ a categoria dos delitos políticos, que o pensamento iluminista havia tentado circunscrever apenas às lesões basilares ao contrato social,²⁶ tornou a expandir-se em todas as legislações oitocentistas. E chegou a ocupar, no Código Rocco, um título inteiro de mais de sessenta delitos, quase todos de perigo abstrato, contra a “personalidade do Estado”. De outra parte, a razão de Estado sempre continuou e continua ainda a inspirar a praxe, se não as teorias, do direito penal político: não apenas no plano do direito substancial no qual informa, além de várias figuras de delitos políticos, grande parte da legislação de polícia emanada em toda a Europa depois da segunda metade do século XIX; mas, também, no plano do direito processual, onde deu vida, vez a vez, a “tribunais especiais”, como na Itália durante o fascismo ou, menos brutalmente, a “procedimentos especiais”, como são aqueles introduzidos na Itália dos anos setenta pela legislação de emergência contra o terrorismo. Em geral, como escreveu Meinecke, “a forma da legislação excepcional” é tal que “permite legalizar os meios inusitados” também “ilegais e imorais” que “o Estado adota em casos similares”.²⁷

A tese que sustentarei é a de que o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito; de tal forma, quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas da justiça ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém *outra coisa*: arbítrio policialesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas. Esta tese será sufragada pela análise das perversões substanciais e policialescas da jurisdição provocada na Itália pela legislação e pela cultura da emergência. E formará a base para uma redefinição da relação entre meios e fins penais, bem como para uma crítica da legitimidade da categoria mesma dos delitos políticos e, mais em geral, de todas as formas de direito especial ou excepcional.

3. A incompatibilidade entre Estado de direito e direito penal de exceção

A impossibilidade de sanar o contraste entre a razão de Estado e a razão jurídica própria ao Estado de direito depende da lógica oposta sobre a qual as duas razões se baseiam. “Razão de Estado”, escreveu de forma belicosa, mas eficazmente, Voltaire, “não é mais do que uma palavra inventada para servir de escusa aos tiranos”,²⁸ mas, analiticamente, no sentido em que foi usada por Maquiavel, a expressão designa duas coisas: antes de tudo, uma “norma da ação política”,²⁹ isto é, um princípio de auto-regulação da política como atividade finalizada incondicionalmente ao “bem” ou à “potência” do Estado e, por isso, dotada de autonomia em relação a outros valores ou critérios relativos a interesses ou necessidades diversas, sejam individuais ou sociais; em segundo lugar, e de forma correlata, uma fonte de legitimação autônoma – *extra legem*, extramoral, extra-social, extrareligiosa e especificamente “política” – das escolhas e dos meios a tal fim adotados. É

claro que esta idéia de razão de Estado é estritamente moderna, contradizendo, enquanto princípio de autofundação e de auto-regulação da política, o modelo medieval e cristão da sujeição do poder político à vontade divina e a vínculos de natureza moral e religiosa.³⁰ Ela nasce juntamente com o Estado e com a política moderna, e com os respectivos processos de laicização; é coeva ao desenvolvimento dos Estados absolutos e nacionais como potências concorrentes entre si; é conexas à doutrina da soberania do Estado como *suprema potestas* que possui em si mesma, e não em qualquer outro lugar, o seu princípio de legitimação; confunde-se, enfim, com a idéia do primado e da autonomia da política, assim como a sua crítica um todo com a crítica desta concessão e desta prática da política.

Tudo isto vale, em seu conjunto, para as versões – opostas, mas com êxitos idênticos – que da idéia de razão de Estado me parece possam ser rastreadas no pensamento político moderno: a) aquela empírico-científica do *realismo* político de Maquiavel a Carl Schmitt, passando pelas das teorias absolutistas dos “interesses dos Estados”, que se caracteriza expressamente como doutrina da *separação entre política e moral* e, de forma mais geral, entre política e valores extrapolíticos (jurídicos, de justiça, humanitários e similares) por força do caráter abertamente *a-moral* (ou *extra-moral*) reconhecido na legislação política; b) aquela filosófico-historicista do *idealismo*, que teve a sua formulação máxima em Hegel e, depois, no historicismo alemão e que, contrariamente à primeira, é caracterizada pela *confusão entre política e moral* por força do caráter diretamente *ético* atribuído ao Estado e da sua sublimação totalitária como “espírito do mundo”.

Em ambas as versões, o direito e a moral ficam submetidos ou modelados pela “razão política” ou “de Estado”, seja porque se encontram realisticamente dissociados ou a elas submetidos, seja porque com ela idealmente identificados. E, nos dois casos, “razão de Estado” designa qualquer coisa além e diversa em relação ao senso comum de “razão”: de um lado, porque alude a uma razão autofundada, superior à razão que informa a outros interesses ou âmbitos da vida; de outro lado, porque se configura como razão não inter-subjetiva, embora, fora do alcance do povo, detida exclusivamente por aqueles espíritos “videntes” que são os “homens de Estado”.³¹ Ao mesmo tempo em que em aderência ao seu caráter superior, a razão de Estado se configura como um princípio de legitimação histórica de tipo extra e eventualmente antijurídico, no sentido que consente a ruptura da legalidade e a alteração das regras ordinárias do jogo toda vez que estas, pela emergência ou pela condição excepcional verificáveis sempre e apenas pelos governantes, entram em conflito ou não são funcionais ao “supremo” interesse do Estado.

Compreende-se a contradição entre a “razão de Estado” assim entendida e o “Estado de direito”. O critério regulador da primeira é a subordinação dos “meios”, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos “fins” políticos cuja formulação está ligada, real ou historicamente, à pessoa do soberano ou a qualquer dos titulares do poder estatal; o princípio guia do segundo é, ao invés, a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados mas vinculados pela lei. Desta forma, enquanto para a teoria da *razão de Estado* o Estado é um *fim*, não fundado a não ser em si mesmo e, por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, para o *Estado de direito*, a partir de Locke em diante, o Estado é um *meio*, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos “fundamentais” dos cidadãos e a esta vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas.³² E entende-se, outrossim, a contradição das teses que nos anos passados, tanto na Itália como em outros países europeus,

justificaram as leis de execução com o objetivo da “defesa do Estado de direito e da democracia”.³³ Assim formulado, o princípio da razão de Estado parece paradoxalmente dotado de uma força de legitimação política maior que nas teorias do Estado absoluto ou totalitário: seja porque o Estado que a tutela é o Estado valorado como “democrático” ou “constitucional” ou “de direito”, seja porque a mutação dos meios legais é apresentada não já como praxe ordinária de governo, mas como medida excepcional para afrontar o risco da sua eversão. Mas é claro que a contradição se dá em termos: a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; o Estado de direito é defendido mediante sua negação.

Ainda mais estridente, de outra parte, é a contradição entre a razão de Estado ou de emergência e aquela específica função do Estado de direito que é a jurisdição penal. Antes de tudo, se a jurisdição é a atividade tendentemente recognitiva da lei e cognitiva dos fatos por ela denotados, estão irremediavelmente em contraste com a sua legitimação formal, derivada da sua sujeição à lei e do valor de verdade de suas pronúncias, seja a valoração dos interesses do Estado seja o princípio de autoridade sobre o qual tal valoração se baseia. Em segundo lugar, a função judiciária não diz respeito, como a razão de Estado, a interesses públicos de caráter geral, mas a casos particulares, nos quais incide sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, cuja tutela, ainda que em conflito com os interesses do Estado, é precisamente a sua fonte de legitimação substancial. Em terceiro lugar, a razão de Estado é por princípio guiada pela lógica partida e conflituosa do amigo/inimigo, que, por sua vez, é incompatível com a natureza da jurisdição, a qual exige imparcialidade do órgão judicante e a sua indiferença a qualquer fim ou valor estranhos ao juízo. Em quarto lugar, a razão de Estado, pela indiferença que vice-versa esta nutre em relação à natureza dos meios empregados, legitima uma absoluta discricionariedade do soberano, isto é, a sua graça e o seu arbítrio, enquanto a jurisdição é legitimada apenas se vinculada à lei, ou seja, à predeterminação legal e taxativa das hipóteses de crime e à formulação judiciária de acusação correspondente e empiricamente determinadas. Enfim, enquanto a razão de Estado persegue a “verdade substancial” com qualquer meio, e assim admite procedimentos inquisitivos aptos a identificar o inimigo, com investigações diretas sobre a pessoa além das ações cometidas, a jurisdição persegue a “verdade formal” ou “processual”, segundo regras como a possibilidade fática da imputação, a presunção de não culpabilidade, o ônus da prova e o contraditório, que a submetem à verificação da acusação e a expõem a falsificação da defesa.

O direito penal produzido na Itália para enfrentar a emergência do terrorismo e da criminalidade organizada é, indubitavelmente, sob mais de um dos pontos perfilados, contrastante com os princípios do Estado de direito. A mutação de sua fonte de legitimação externa – a razão de Estado e o critério pragmático do fim na luta contra a criminalidade, ao contrário das regras do Estado de direito em torno aos meios e aos seus vínculos garantistas – em muitos casos produziu uma *justiça política* alterada na lógica interna em relação aos cânones ordinários: não mais atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo, mas procedimento decisionista e inquisitório fundado no princípio do amigo/inimigo e apoiada, para além da estrita legalidade, no consenso da maioria dos partidos e da opinião pública. Esta lógica penetrou em todos os momentos do mecanismo punitivo: na legislação, na jurisdição e na execução penal. E consente falar de um direito penal especial – *especial* quanto às figuras criminosas, *especial* quanto às formas de processo, *especial* quanto ao tratamento carcerário – e caracterizado sob todos os três aspectos por uma pesada distorção substancial e subjetiva. Como de hábito, no direito penal não se

inventa nada de novo: este modelo substancial se relaciona a uma tradição antiga e recorrente de decisionismo penal que celebrou os seus máximos festejos em matéria de delitos políticos ou de *crime de lesa-majestade*.

53. AS TRÊS FASES DA EMERGÊNCIA PENAL

1. A primeira fase: o direito especial de polícia

Quais foram as etapas e os instrumentos por meio dos quais se construiu esse direito especial ou excepcional e — o que é mais grave — por força de desconhecer-se a excepcionalidade, a exceção sobrepôs-se à regra, contagiando com os seus esquemas substanciais e subjetivos o sistema penal por completo? Para responder a esta pergunta devemos renunciar a considerar o “direito de emergência” como um todo unitário e indiferenciado. Frequentemente, quando se usa esta expressão, alude-se a uma longa etapa que se projeta à metade dos anos setenta, encontra o seu ápice nos primeiros anos da década de oitenta e depois se dissolve, sem solução de continuidade, em uma certa transição para o novo perfil pós-emergencial do sistema penal. Parece-me, ao contrário, que dentro desse período, é preciso distinguir três fases, às quais correspondem três políticas de direito claramente diversas: diversas pelo seu conteúdo e pelos destinatários das leis emanadas, pelos seus efeitos sobre as estruturas do nosso sistema punitivo, pelas culturas jurídicas, e pelas mensagens políticas das quais foram expressões e veículo.

Numa primeira fase, que vai de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. No entanto, em contraste com os princípios de Estado de direito, não são leis que incidem de maneira direta e significativa no tecido das garantias próprias do subsistema penal ordinário. Pense-se na Lei Bartolomei, de 14.10.1974, com a qual foram estendidos os poderes policiaiscos de investigação sumária e foi reintroduzido o interrogatório de polícia, ainda que com a presença do defensor; e a Lei Reale, de 22.05.1975, com o seu fito armamentista de medida policialesca: a extensão da prisão preventiva judiciária (art. 3), o poder de perquirição pessoal sem mandado (art. 4), o alargamento do desvio político das disposições antimáfia e, em particular, das medidas de prevenção do confinamento (arts. 18-19), a ampliação da faculdade de os agentes de polícia efetuarem disparos a fim de impedir o amplo cometimento de crimes graves (art. 14). Ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta e para fazer frente, segundo o *slogan* de campanha política que acompanhou a respectiva emanação, ao genérico fenômeno da “criminalidade avassaladora”. Mas, na mesma direção genérica se coloca a política penal do biênio 1977-1978: o esvaziamento da reforma penitenciária de 1975 pela Lei 450, de 20.07.1977, sobre a restrição das permissões às repetidas suspensões das normas mais liberais e à criação dos cárceres especiais com base no art. 90, até a atribuição aos *carabineiros* das funções de vigilância externa dos cárceres (D.M. de 04.05.1977), assim como os poderes para efetuar disparos a fim de impedir fuga dos detentos ou contra qualquer um que “do exterior tente perturbar de qualquer modo a ordem” (Lei 374, de 28.06.1977); a introdução dos poderes de fechar “covis” ou sedes políticas suspeitas (art. 3 da Lei 533, de 08.08.1977); o poder dado à polícia de interrogar o indiciado ainda que sem a presença do defensor (art. 5 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978); encaminhamento às unidades policiais, pela não exibição de documentos de identidade, ou pela suspeita quan-

to à sua autenticidade (art. 11 do mesmo decreto-lei); a prisão em flagrante daquele que, “sem motivo justificado” e “em qualquer caso”, durante as “manifestações” faça “uso de máscaras protetoras ou de qualquer outro meio que torne difícil o reconhecimento” (art. 2 da Lei 533, de 08.08.1977); a liberação das interceptações telefônicas de polícia também para fins de prevenção (arts. 6-8 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978); o controle de polícia quanto às locações (art. 12 do mesmo Decreto-lei de 1978).

Todas estas foram essencialmente leis sobre ordem pública, que iam ao encontro da demanda de “mãos livres”, destinada, naqueles anos, aos vértices dos aparatos policialescos.³⁴ Caso se excluam algumas normas – como aquelas sobre a duplicação dos termos de encarceramento preventivo vazada com o Decreto-lei de 11.04.1974 e as disposições restritivas da concessão de liberdade provisória contida no art. 1 da Lei Reale –, a maior parte das inovações introduzidas por elas não fizeram, de fato, senão estender ou reforçar os poderes de polícia, cancelando as minirreformas que haviam limitado nos anos imediatamente precedentes esses mesmos poderes, e tornando a desenvolver a velha tradição policialesca do Estado italiano. A isto somo que as mesmas normas sobre o alongamento do encarceramento preventivo, e sobretudo sobre a limitação da liberdade provisória, não foram emanadas com intento de endurecer ou reforçar o instrumento judiciário, mas, ao contrário, de limitar os poderes dos juízes – acusados de turbar a atividade policialesca por excessivo aspecto permissivo ou garantista – mediante o alargamento da obrigação da captura e da proibição da liberdade. Foi em todo caso a polícia, e não por certo a magistratura, o aparato institucional privilegiado naqueles anos do sistema político na luta contra a criminalidade e o terrorismo.

Assim se veio completando, graças a este conjunto de leis de segurança, o já ilustrado direito penal e processual de polícia baseado na duplicação, tendo à frente a administração policialesca, de quase todos os poderes de instruções de competência da magistratura: prisão, perquirição, interrogatório, investigações sumárias. E assim aperfeiçoou-se a diferenciação entre o sistema punitivo dos dois subsistemas penais analisados nos dois capítulos precedentes: um ordinário, outro especial; um judiciário, outro administrativo ou policialesco; um retributivo ou *post delictum* e ligado às regras do Estado de direito, outro essencialmente preventivo ou *ante delictum* e reservado, tal como uma zona franca de impacto garantista, às intervenções da razão de Estado ou de emergência. Mas o desenvolvimento do subsistema de polícia não tocou então, senão de forma marginal e reflexa, no aparato garantista do subsistema ordinário; não introduziu novos métodos processuais e novos modelos de justiça penal; não influenciou, senão de forma mínima, a cultura e os comportamentos dos juízes. Ao contrário, a crítica realizada àquela primeira legislação de emergência e à qual se associou a maioria dos juízes, era que se tentava burlar o papel garantista da magistratura, conferindo à polícia funções judiciárias supletivas e anulando as conquistas dos anos sessenta e dos primeiros anos da década de setenta. O balanço daquela legislação foi, de qualquer modo, falimentar. Aquelas medidas foram absolutamente inúteis na luta contra o terrorismo e tiveram como único efeito a acentuação da invasão policialesca na jurisdição e na vida dos cidadãos.

2. A segunda fase: o direito penal político especial

Uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção em sentido próprio nascem apenas no final de 1979 por meio de novas leis e sobretudo das novas praxes

judiciárias. Nesta segunda fase a feição supletiva se inverte: é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas.

Os instrumentos normativos – em parte presentes no Código Rocco e revitalizados, mas na maior parte introduzidos pelo Decreto Cossiga, de 15.02.1979, pela lei sobre os arrependidos de 29.05.1982 e pelas várias leis e medidas em matéria carcerária – são principalmente: 1) a contestação de amplo espectro dos delitos associativos como vértices de instrução e hipóteses de trabalho a desenvolver-se no curso do processo, mas aportando desde o início o encarceramento preventivo dos imputados; 2) o alargamento da duração máxima desta até 10 anos e 8 meses (art. 10 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979) e, sobretudo, a sua transformação em medida automática e obrigatória, graças à obrigação do mandado de captura e à proibição da liberdade provisória com base na simples nomeação do crime que por hipótese se apura e pela sua natureza terrorista (art. 8 do citado Decreto-lei de 1979); 3) a agravante especial da “finalidade de terrorismo” e a sua não compensação com as atenuantes e o conseqüente aumento, rígido e automático, seja das penas como dos termos das detenções preventivas (art. 1 do mesmo Decreto-lei); 4) as reduções de pena e as indulgências instrutórias, também em tema de liberdade pessoal, concedidas de forma largamente discricionária pelas normas sobre os arrependidos para os imputados que confessam ou colaborem com a acusação (arts. 4 e 5 do acima mencionado decreto e Lei 304, de 29.05.1982); 5) o interrogatório sem a presença do defensor, figura estranha e entorpecedora no *tête-à-tête* inquisitório, no qual se transmudou a relação entre inquiridor e imputado (art. 5 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978); 6) as normas quanto ao interrogatório livre dos co-imputados, quanto à conexão e desconexão dos juízos (arts. 2 e 3, 9 a 11 da Lei 534, de 08.08.1977) e quanto às trocas de informação e fascículos entre os órgãos judiciais (art. 4 do Decreto-lei 59, de 21.03.1978), que de fato suprimiram a autonomia dos processos singulares e o segredo de instrução entre os juízes; 7) as normas quanto à diferenciação do tratamento penal introduzidas pela reforma penitenciária e a instituição por via administrativa dos cárceres especiais.

É difícil dizer o quanto estes meios, além da sua dubitável legitimação constitucional, foram decisivos na luta contra o terrorismo e contra a criminalidade mafiosa e camorrista. Jamais terá fim a discussão quanto a esta questão. O que é certo é que a sua ação conjunta transformou o processo em uma máquina e em um braço acionável contra o imputado e afrontou todas as garantias clássicas: a estrita legalidade penal, que vem conexa de modo certo ao crime cometido e não ao conteúdo acusatório ou defensivo do imputado, e penas iguais para crimes iguais; o contraditório e em geral o esquema triangular de processo, que exigem o antagonismo entre acusação e defesa e a posição como terceiro do juiz; a presunção de inocência e o conexo ônus da prova sob responsabilidade da acusação, um e outro convertidos em uma presunção geral de culpabilidade que de fato agrava de forma igual os arrependidos e os não arrependidos.

3. A terceira fase: o direito penal diferenciado

Estas feridas não cicatrizaram. Elas mudaram, muito mais do que a lei, a cultura dos juízes, consolidando-se nas praxes e na deontologia profissional. E como a praxe encontra-se sempre a um grau mais baixo em relação à legalidade formal, por mais desconexa que seja, o desprendimento judicial das garantias superou em grande parte os desvíos legislativos, manifestando-se freqüentemente em métodos de investigação e de juízo contrários às

próprias leis de exceção. À exceção do terrorismo, de outra parte, acrescentam-se nos anos oitenta muitas outras exceções: a máfia, a camorra, o tráfico internacional de drogas e de armas, a alta criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa.

As praxes da emergência antiterrorista difundiram-se por inteiro no sistema penal, caracterizando as duas linhas de tendência que analisei no capítulo 10, onde assinalai uma mutação de paradigma: de um lado, a diferenciação e a subjetivação penal por tipo de autor ou de imputado ou de detento, e, portanto, a generalização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais especiais e diferenciados; de outro lado, o crescimento da discricionariedade nas fases *ante e post iudicium*, segundo módulos transacionais idôneos a conferir a máxima flexibilidade seja ao rito como à pena, com a conseqüente perda de centralização do juízo assim como do nexo causal ilegal entre pena e crime. As leis dessa terceira fase, nas quais se expressaram estas linhas de tendência, são aquelas já ilustradas de 1981 quanto aos pequenos acordos, de 1982 quanto aos prêmios aos arrependidos, de 1986 quanto às medidas alternativas à pena e, enfim, as normas quanto ao interrogatório sem defesa e quanto aos grandes acordos contidos no novo Código de Processo Penal: o qual, então, por este aspecto, assinala o fim ao período de emergência e, por sua vez, a normalização de sua mais emblemática instituição.

Naturalmente, uma análise não aproximativa das transformações ou mesmo só das tendências inatas na jurisdição pelas praxes de emergência requereria o exame dos mais importantes processos em matéria de terrorismo e de criminalidade organizada. Pode-se, entretanto, assinalar três aspectos estruturais exibidos pelos mais clamorosos destes processos³⁵ e correspondentes assim a outros tantos perigos para o futuro da jurisdição: antes de tudo, a já assinalada deformação substancial e subjetiva de todos os elementos – crime, processo e pena – do fenômeno penal; em segundo lugar, o gigantismo dos maxiprocessos e os abusos judiciais por ele consentidos; em terceiro lugar, e conseqüentemente, uma pesada conotação policialesca da inteira função judiciária.

54. LINEAMENTOS DO DIREITO PENAL ESPECIAL OU DE EXCEÇÃO

1. A mutação substancial do modelo de legalidade penal

A primeira e mais relevante alteração do modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência consiste na *mutação substancial* – inferida pelo paradigma do inimigo – de todos os três momentos da técnica punitiva.

Esta mutação golpeia, antes de tudo, a configuração da espécie fática punível. E se exprime em uma acentuada personalização do direito penal de emergência, que é freqüentemente muito mais um direito penal *do réu* que um direito penal *do crime*. As figuras de qualificação penal que permitiram esta personificação são muitas e variadas: os delitos associativos – bandos armados, associação subversiva, insurreição armada contra os poderes do Estado, associação de tipo mafioso ou camorrista –, a categoria do concurso moral e a agravante da “finalidade de terrorismo” como desvalor subjetivo da atividade delituosa: fórmulas elásticas e de sentidos variados que se prestam, pela sua indeterminação empírica e pela sua conotação subjetiva e valorativa, a serem usadas como caixas vazias e a darem corpo a hipóteses sociológicas ou a teoremas político-históricos elaborados a partir da personalidade dos imputados ou da interpretação ideológica e conspiratória do fenômeno terrorista ou mafioso. O fato, nestas figuras normativas, perpassa o curso da vida ou

as colocações políticas ou ambientais do imputado, e como tal é pouco verificável pela acusação quanto pouco refutável pela defesa. E se configura tendentemente como um delito de *status*, mais do que como um crime de associação ou de evento, identificável com provas, com valorações referidas à subjetividade reversiva ou substancialmente antijurídica do seu autor. Disso resulta um modelo de antijuridicidade substancial e também formal ou convencional que solicita investigações sobre réus e não sobre crimes, e que corresponde a uma velha e nunca abandonada tentação totalitária: a concessão ontológica – ética ou naturalista – do crime como mal *quia peccatum* e não apenas *quia prohihibitum*, e a idéia que se deva punir não apenas por *aquilo que se fez mas por aquilo que se é*.

Intimamente conexa a esta distorção subjetiva e substancial do crime há uma concessão outro tanto subjetiva e substancial da *verdade processual*, que se resolve na predileção no processo de métodos fortes do tipo inquisitório. O esquema amigo/inimigo, próprio da razão de Estado, opera aqui num sentido duplo. Em primeiro lugar, na conotação igualmente impressa na acusação e no juízo e na transformação do processo em momento de “luta” à criminalidade terrorista ou de outra forma organizada: o processo não é mais aquilo que Beccaria chamava de “processo *informativo*”, isto é, “a busca indiferente do fato”, onde o juiz é “um pesquisador indiferente da verdade”, mas transformou-se naquilo que “chama-se processo *ofensivo*”, no qual “o juiz torna-se inimigo do réu, de um homem encarcerado..., e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito, e o insidia, e crê perder se não consegue fazê-lo e de não fazer jus àquela infalibilidade que o homem se irroga em todas as coisas”.³⁶ Em segundo lugar, o esquema se manifesta na alteração do objeto processual, que diretamente segue àquela das figuras de crime. Se o pressuposto da pena é representado, mais que pelos fatos delituosos determinados, pela substancial personalidade terrorista do seu autor, o processo decai inevitavelmente de qualidade de verificação empírica das hipóteses de acusação em técnica de inquisição sobre a pessoa, isto é, sobre a sua subjetividade substancialmente inimiga ou amiga, a qual se exprime não apenas nos crimes por ele cometidos mas também no seu comportamento processual. Objeto de prova mais do que de pena, coerentemente à nova natureza do processo como terreno de luta, em suma, é não tanto e não apenas se o imputado *tenha cometido* um ato terrorista e portanto criminal mas se o imputado *foi* e sobretudo se *é* atualmente um terrorista ou um criminoso.

Compreende-se a perfeita coerência com este esquema da lei sobre os arrependidos, que indica não apenas um meio mas também um fim. A confissão, e sobretudo a colaboração mediante a denúncia dos co-autores, funcionam de fato como resultados não apenas processuais mas também penalmente relevantes. Com elas o acusado, além da relevância e, talvez, da importância fundamental das suas revelações, passa a tomar partido da acusação e dá prova visível e certa, muito mais do que da sua culpabilidade ou de seus companheiros, da sua escolha anticriminal. Deste modo, o processo se converteu em lugar em que não apenas (ou nem tanto) se comprova senão que se constitui diretamente em pressuposto substancial da pena; onde não apenas se prova senão que se põe em prática diretamente e se define o caráter de “amigo” (arrependido, dissociado ou similar) ou de “inimigo” do imputado, segundo se ponha ou não por parte da acusação diante da defesa, cujo papel teria sem embargo direito a representar. Evidentemente, entre esta subjetivação do modo do processo todas as garantias processuais clássicas – do princípio do contraditório ao ônus da prova, da defesa à presunção de inocência – terminam carentes de sentido.³⁷

Por fim, uma alteração substancial e subjetiva investe também no terceiro momento do direito penal: a *execução da pena*, sujeita à diferenciação e personalização já ilustrada

nos parágrafos 44 e 47. De um lado, a pena é predominantemente irrogada e aplicada antes da condenação sob a forma de custódia preventiva. O cárcere tornou a ser, como na época pré-moderna, lugar de trânsito mais do que de expiação, medida cautelar mais do que sanção penal. E o processo e a pena sempre mais se confundem e se sobrepõem, o primeiro como momento diretamente aflictivo de penalização preventiva, a segunda como um instrumento de instrução dirigido a colocar o imputado nas mãos da acusação e a forçar a sua vontade para que confesse ou colabore em troca de prêmios ou favores. De outro lado, aparecem menos os caracteres de igualdade, de abstração, de certeza e de predeterminação legal que eram próprios da pena de detenção no seu modelo liberal. Cárceres especiais, regimes especiais e diferenciados, tratamentos personalizados, classificações por graus de periculosidade, medidas alternativas e outras formas de prêmios ou punições modelaram a pena na personalidade singular do condenado, e mais freqüentemente do imputado: seja pela prevalência que assumiram as funções correcionais da prevenção especial, seja, sobretudo, porque também o tratamento penal foi submetido à lógica do amigo/inimigo, que exige a severidade da pena taxada conforme o grau de irredutibilidade ou de arrependimento ou se quisermos de não recuperação ou de recuperação social de um detento singularmente considerado. É assim que na pena legal de privação de liberdade pessoal se agregam *penas nas penas* ou, ao inverso, *prêmios nas penas*, uns e outros atípicos, extralegais e extrajudiciais, não mais vinculados ao delito senão ao réu, e discricionariamente dispensados por via substancialmente administrativa.

2. O gigantismo processual e os maxiprocessos

O segundo elemento estrutural do direito penal de exceção é aquele que denominei de “gigantismo processual”, que se desenvolve, por sua vez, em três dimensões: *horizontalmente*, com abertura de megainvestigações contra centenas de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução; *verticalmente*, com a multiplicação sobre a responsabilidade de cada imputado dos delitos adjudicados, circularmente deduzidos uns dos outros – os delitos associativos dos delitos específicos e vice-versa – ou bem induzidos a título de concurso moral dos adstritos aos co-imputados; *temporalmente*, com a prolongação desmesurada dos processos que se arrastam freqüentemente sem razão, às vezes com intervalos de anos entre a conclusão da instrução e a abertura do juízo, de modo que se cumpra o máximo da prisão preventiva. Para não falar das duplicações ou multiplicações dos processos pelas mesmas causas: 7 de abril romano, 7 de abril paduano, 7 de abril milanês; investigações Moro um, Moro-bis, Moroter, Moro-quater, investigações Rosso um, Rosso dois, e similares. Os processos tomaram, assim, a forma de labirintos intrincados, de modelos em expansão entrelaçados entre si e concorrentes, de montanhas de papel mensuráveis por toneladas, por dezenas de mil páginas com a conseguinte neutralização do princípio da publicidade do processo e as possibilidades materiais de defesa.³⁸

Esta expansão pluridimensional dos processos é, sem dúvida, um efeito da mutação substancial das figuras de crime e dos métodos de verificação da verdade, dos quais se acabou de falar. É claro que quando um processo não tem já como objeto de investigação um feito criminal determinado, mas, apenas, pretende investigar toda uma fenomenologia criminal em todas as suas complexas dimensões políticas e sociais, inevitavelmente se transforma em uma investigação historiográfica, ou numa investigação sociológica de

dimensões exorbitantes em relação aos esquemas garantistas de estrita legalidade e de estrita submissão à jurisdição. De outra parte, o gigantismo processual representou, por sua vez, um terreno próprio a todo tipo possível de abuso. É sobretudo graças a ele que se pode desenvolver um conúbio perverso entre encarceramento preventivo e colaboração premiada com a acusação: o primeiro utilizado como meio de pressão sobre os imputados para obter deles a segunda, e esta como instrumento de ratificação da acusação às vezes além de toda a verificação e inclusive dos confrontos com a chamada do co-réu. Na prática, este conúbio se revelou como uma fonte inexaurível de arbítrios. O preço das confissões e das colaborações não se limitou apenas à redução das penas previstas em lei mas é frequentemente usado sob forma de favores ilegítimos: como a retirada formal dos registros da imputação, a liberação antecipada por meio de complicadas operações de remissão, a falta do exercício da ação penal e até a favorecimento de fugas ao exterior com passaportes facilitados para subtrair o arrependido da verificação do juízo oral. A tudo isso se devem somar as múltiplas operações concebidas pela imaginação dos juízes como válvulas de segurança para agravar a seu bel-prazer a posição processual dos imputados, para encobrir as falhas dos sumários ou para protrair indefinidamente a prisão preventiva: como os mandados de busca e captura reiterados pelos mesmos fatos mas com novas agravantes ou nova *nomina iuris*, o manejo das competências ou das conexões para esquivar os juízes ou tribunais que não fossem do agrado da acusação, a manipulação das imputações no curso da instrução com o uso indevido do mandado de captura “substitutivo”.³⁹

Obviamente estes sistemas tiveram êxito. Também porque os insucessos – isto é, a punição dos inocentes ou a definição das culpas – não podiam emergir. O mecanismo inquisitório colocado aos pés da emergência é de fato, em muitos desses processos, eminentemente auto-reflexivo: formulada a acusação, o encarceramento seguia-se de direito, e funcionava como prova de força sobre o imputado, que não tinha saída defensiva senão aquela de acusar um terceiro, ou acusar-se ou invocar a clemência. A duração dos tempos processuais fazia parte da máquina como uma necessária engrenagem: para dar tempo aos juízes que haviam atuado sem provas de juntá-las e jogá-las nas costas dos imputados; para dar oportunidade a estes últimos de meditar sobre a inevitabilidade da colaboração; para aviar, entrelaçar e concluir as infinitas negociações e transações a que se reduziu o nosso sistema penal. É verdade que muitos juízes não caíram na tentação da inquisição e muitos juízes se desenvolveram corretamente, e isso ocorreu sobretudo – é útil precisá-lo – nos processos que verdadeiramente golpearam o terrorismo e que julgaram delitos empiricamente determinados. Mas os instrumentos oferecidos à magistratura pelo legislador da segunda fase da emergência distorceram profundamente o método processual: não mais o ônus da acusação da prova e o contraditório com a defesa, mas os métodos expeditos – pressão sobre os imputados e obtenção de confissões e de denúncias aos co-imputados – que sempre caracterizaram a inépcia e os maus hábitos policiais.

3. A deformação policial da jurisdição de emergência

É esta contaminação policial, no meu ponto de vista, o terceiro traço no qual se podem resumir todas as deformações da justiça penal produzida pela emergência. Direi que, se a primeira fase de legislação de exceção – de 1974 a 1978 – deu vida a um subsistema penal e processual administrativo, atribuindo à polícia funções próprias da magistratura, a legislação da segunda fase atuou, com efeitos ainda mais destrutivos, sobre a ordem das

nossas garantias e sobre o costume dos juízes, a operação inversa: transformou a função judiciária em uma função tendentemente policialesca, legalizando e dando diretamente aos magistrados tarefas e instrumentos investigativos tipicamente próprios da polícia.

O que de fato distingue o costume policialesco daquele judiciário e justifica a separação entre as duas funções é um conjunto de diferenciações que fazem da polícia uma função político-administrativa, pragmaticamente informada pela prioridade do resultado em relação aos meios de alcançá-lo, os quais, ao invés, são prioritários na atividade judiciária: que é, pois o traço distintivo antes elucidado da lógica política da razão de Estado em relação àquela jurídica do Estado de direito e, em particular, da jurisdição. A primeira dessas diferenciações é a natural parcialidade da polícia em relação à imparcialidade institucional do juiz: as forças de polícia, tendo por missão descobrir e capturar os culpados, construindo profissionalmente as suas funções como “luta” contra a delinquência, e tendo desta maneira a tendência de considerar todos os suspeitos como culpados e inimigos. Uma segunda diferenciação é o caráter discricionário, porque principalmente preventivo, da missão de polícia: os aparatos policiais, especialmente na Itália, onde exercitam promiscuamente funções de polícia judiciária e de ordem pública, têm como tarefa primária a segurança coletiva contra delitos futuros mais do que a justiça dos casos individuais e passados; e seguem portanto estratégias flexíveis e mutáveis, não subordinadas aos rígidos vínculos legais e procedimentais que devem presidir a verificação judicial dos crimes. Existe, ainda, um terceiro caráter – degenerado, mas que pode ser induzido dos dois primeiros – que é próprio do poder policialesco: é a relação de sujeição e por vezes de prevaricação que este tende a estabelecer com o inquirido: uma relação que se consuma em segredo, e por isso pode-se transformar em ameaças, enganos, chantagens, e negociações realizadas “por debaixo dos panos”.

Estes três caracteres são facilmente reconhecíveis em muitos processos de emergência. Já disse a respeito da lógica amigo/inimigo. Somo a ela, agora, que as normas sobre os arrependidos e o uso do encarceramento preventivo como meio inquisitivo freqüentemente rebaixaram a nossa justiça a uma prática policialesca também sob dois outros aspectos, tendo conferido à magistratura missões e poderes que são outra coisa diversa da função jurisdicional. Nada, de fato, é mais discricionário e fora do controle do que o poder inquisitivo que tem por fim a confissão ou a colaboração do imputado por meio daquele moderno tormento que é o encarceramento preventivo e a incerteza da pena comparadas com o procedimento processual. “Com ele”, escrevia Beccaria, “o juiz toma posse do corpo de um réu e o destrói com metódica formalidade para tirar-lhe como de um fundo de rapina todo o proveito que possa”.⁴⁰ O centro do processo torna-se deste modo o segredo do confessorário, isto é, uma relação ímpar que se desenvolve à sombra, e que vincula inquirido e inquiridor em uma recíproca e malsã dependência: uma vez que o arrependido que falou encontra-se nas mãos da acusação, disponível a quaisquer ulteriores serviços; mas a acusação, pela cumplicidade e a intimidade que entre as duas partes se criou, está, por sua vez, nas mãos do arrependido, que se torna um favorito, apresentado como fonte privilegiada de verdade e de justiça. Nesta relação protegida pelo segredo, a jurisdição não tem mais lugar, e todo arbítrio é possível: as intimidações, às vezes acompanhadas de ameaças, para satisfazer as expectativas da acusação, redação de atas de interrogatórios em momentos distintos da sua realização real, os pactos informais e inconfessáveis.⁴¹ “O domínio da recompensa”, advertiu Bentham, “é o último abrigo no qual fez trincheira o poder arbitrário”.⁴²

4. O futuro da jurisdição penal

O que mudou no paradigma deste direito penal de exceção com o novo Código de Processo Penal? Indubitavelmente, graças à separação entre juiz e acusação e à supressão da figura do juiz instrutor, foi diminuída a contaminação policlesca da função jurisdicional em sentido estrito.

As funções inquisitórias profissionalmente desenvolvidas pelo velho juiz instrutor terminaram por alterar também formalmente a estrutura do órgão: não mais coincidente com o “juiz natural” definido pelo Código e garantido pela Constituição, mas com grupos especializados de magistrados (os denominados *pools*), coletivamente operantes e frequentemente ligados a outros inquiridores – sem distinção entre Ministério Público e juízes instrutores – mediante encontros operativos, trocas informais de notícias e conselhos, iniciativas concernentes fora dos normais canais processuais e sem a transparência a eles assegurada. Ao mesmo tempo, precisamente a declarada essencialidade de tais modelos organizacionais nas investigações contra a delinquência organizada revelou de maneira inconfundível a natureza não jurisdicional, senão investigativa que havia assumido o juiz de instrução.⁴³ Esta mesma mutação, por fim, fez cair também a última diferença entre Poder Judiciário, que é um poder dividido horizontalmente entre vários juízes com competências definidas, não fungíveis, e entre eles não coordenados nem interdependentes, e poder de polícia, que é, por sua vez, um poder burocrático, centralizado, organizado hierarquicamente o que opera por meio da coordenação das suas distintas unidades.

Os dois subsistemas – judiciário e policial – nos quais havíamos diferenciado o nosso sistema penal encontravam-se assim reunidos e homogeneizados, tanto que era difícil distingui-los. Os danos para os cidadãos da perversão policlesca do subsistema judiciário foram ainda mais graves do que aqueles da usurpação de competência judiciária por parte da polícia realizada na primeira fase da emergência. Por duas razões: a primeira é que a polícia, por quantos arbítrios possa cometer, está submetida ao controle sucessivo de um órgão judiciário que pode sempre reparar os abusos, enquanto os abusos que são cometidos diretamente pelos juízes não são controláveis nem remediáveis em outra sede. A segunda é que a contaminação policlesca da jurisdição une os vícios de ambos os subsistemas, somando-se ao arbítrio de polícia, que frequentemente é acompanhado de uma espécie de justiça sumária e imediata do caso concreto, a cegueira dos automatismos, a lentidão e o formalismo que torna sem responsabilidade os procedimentos que podem prolongar durante anos a relação de arbitrariedade.

O novo Código em grande parte restabeleceu a diferença e as distâncias entre os papéis judiciários e policlesco. Desaparecida a figura do juiz de instrução, as funções acusatórias se desenvolvem hoje apenas por intermédio do Ministério Público, que, conforme o art. 371, e como convém ao seu papel de instrutor, “se coordenam entre si para a rapidez, economia e eficácia das investigações”, “provêem ao intercâmbio de atuações e informações” e “podem proceder, conjuntamente, ao cumprimento de atos específicos”. Os novos juízes de audiência preliminar, por seu turno, não desenvolvem investigações senão exclusivamente juízos, ainda que, como se disse no parágrafo 45.3, fosse de bom auspício que tivessem uma clara diferenciação entre os juízes para o inquérito judicial. E o juízo não é mais um lugar de coerção ou de insubordinação do imputado, mas uma sede de verificação do material probatório compilado.

Todavia, as funções policiais se concentraram e reforçaram na fase das investigações preliminares. E agora estão sob a responsabilidade dos órgãos do Ministério Público. Os novos ritos alternativos fizeram que este órgão se tornasse um verdadeiro senhor do processo. Graças a eles não apenas o *quomodo*, mas também o *an* do juízo, e por fim o *quomodo*, o *quantum* e o *an* da pena são de fato decididos de maneira absolutamente discricionária pela acusação pública, que na maior parte dos crimes pode praticamente mandar soltar os imputados, realizando acordos para reduzir a pena de até um terço e além disso possíveis de suspensão condicional ou mesmo de substituição com as medidas alternativas de liberdade condicionada a uma comprovação ou de prisão domiciliar. É verdade que o imputado pode rechaçar estas propostas de acusação e desejar a realização do julgamento. No entanto, a entidade dos benefícios é tal que, comparada aos riscos que a condenação com o juízo público pode acarretar, até um inocente teria interesse em aceitá-las em troca de uma confissão ou da colaboração com a acusação. O mecanismo premiador e transacional, destinado a operar em segredo até o primeiro interrogatório, muitas vezes sem defensor, traça, enfim, o destino do imputado nas mãos do seu acusador, que de fato terá sobre este um poder talvez maior do que aquele que no velho regime detinham o juiz instrutor, o Ministério Público e a polícia judiciária.

Por outra parte, permanece inalterada a perversão substancial do sistema de legalidade penal também nos outros dois dos seus momentos constitutivos: na semântica dos fatos típicos puníveis, que são ainda aqueles indeterminados e elásticos do Código Penal de 1930, e na modalidade diferenciada de execução da pena segundo as valorações da personalidade do detento e das medidas alternativas que lhe são impostas discricionariamente. Quanto ao gigantismo processual, isto é, o terceiro aspecto do direito penal de exceção, é bem provável que este tenda a diminuir: mas apenas graças à simplificação dos processos que foi possível pelos novos arbítrios transacionais. Premiação e transação se afirmam, assim, por força das reformas penitenciária e processual e da conservação inalterada do direito substancial como as conotações prevaletentes do novo modelo de legalidade penal. Ao quebrar se o nexo entre pena e delito, o destino do réu por trás da imputação corre o risco de ser confiado, mais do que ao juízo em sentido próprio sobre a sua responsabilidade, a uma longa e incerta partida que tem a forma de uma negociação ininterrupta com a administração da justiça: primeiro com a acusação, para a redução da pena legal, e, imediatamente depois, com as autoridades penitenciárias e com os juízes que cuidam da execução da pena para a redução da pena judicial.

55. MEIOS E FINS PENAIIS: DEPOIS DA EMERGÊNCIA

1. Se o fim justifica os meios. Estado de necessidade e Estado de direito

Voltamos agora à questão colocada no início deste capítulo. A mutação produzida pela emergência na fonte de legitimação do direito penal – não mais a legitimação jurídica das regras do Estado de direito mas aquela imediatamente política e pragmática da razão de Estado e da luta contra o crime organizado – é, por sua vez, em qualquer caso, e em qualquer sentido, justificável? Já falei do conflito entre as duas fontes de legitimação e entre os relativos princípios. O problema, metajurídico e metapolítico a um só tempo, é agora aquele dos critérios de solução desta antinomia. Quando – e antes disso, existindo circunstâncias em presença das quais – o Estado de necessidade ou de emergência justifi-

ca ruptura das regras do Estado de direito? E como deve qualificar-se essa ruptura, que tem lugar toda vez que o Estado trata um cidadão como inimigo? Em concreto, pois, como se deverá valorar a alteração que foi produzida, em relação ao nosso modelo constitucional de legalidade, pelo direito penal de emergência dos anos setenta e oitenta?

As indicações mais pertinentes para imposição destas clássicas questões de filosofia jurídica e política são ainda hoje aquelas sugeridas por Hobbes três séculos atrás. Há apenas um caso, afirma Hobbes, no qual o estado de necessidade – ou se se quiser, a razão de Estado ditada pela emergência – legítima politicamente a ruptura das regras do jogo: é o estado de guerra, pouco importando se externa ou interna. “Na guerra”, diz ele, “infligir um dano qualquer ao indivíduo inocente, que não é um súdito, se se faz para benefício do Estado e sem violação de nenhuma convenção prévia, não é um quebramento da lei da natureza”;⁴⁴ e visto que a rebelião “constitui um regresso à condição de guerra”, qualquer um que atente contra a segurança ou a superveniência do Estado não é um delinquente, senão um “inimigo”, e contra ele não valem as regras de direito, senão as regras da força. Isto quer dizer, inversamente, que o abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido em tempo de paz contra os cidadãos, mas apenas “contra os inimigos... em face do originário direito de natureza de fazer a guerra, na qual a espada não julga, nem o vencedor faz a distinção entre nocente e inocente... nem existem outras considerações, para acordar-se a clemência, senão aquela que conduza ao bem do próprio povo”.⁴⁵ Naturalmente, em um Estado não absoluto, mas democrático e de direito, a guerra não corresponde de fato a um direito “originário”; em particular a guerra interna não é de fato justificável em face de qualquer ameaça para a segurança do governo ou das ânsias do poder constituído, mas apenas como um perigo que não pode ser enfrentado de outra forma para a sobrevivência do Estado e dos seus ordenamentos fundamentais. Seja a democracia quanto o Estado de direito se caracterizam de fato pela rigidez normativa dos meios de repressão ou de tutela dos desvios, e desta forma comportam maiores preços e maiores riscos.

O terrorismo se passou na Itália como um fenômeno de guerra, seja puramente interna ou civil, no sentido ora afirmado? Sobre esta questão a política pública é sempre oscilante e contraditória. De um lado, é sempre negado sumária e unanimemente que o terrorismo, não obstante o seu insano programa subversivo, merece ser qualificado como “guerra civil”. Simultaneamente, no entanto, insistiu-se de outra maneira decisivamente quanto ao fato de que ele representou um ataque, qualitativamente diverso de outros fenômenos criminais, contra as bases das instituições democráticas: que é uma tese em contraste com a primeira, dado que um ataque não apenas à segurança dos cidadãos, como é aquele realizado por qualquer delito, mas às bases do Estado, é precisamente um ato de guerra. Em ambos os casos “direito de emergência” é uma *contradictio in adiecto*. Se for verdadeira a primeira tese (como eu acredito, dado que ninguém, salvo os próprios terroristas e alguns acusadores públicos, pode ter pensado seriamente que o terrorismo colocasse verdadeiramente em perigo as bases do Estado), a legislação e a jurisdição de emergência são, de fato, não apenas juridicamente, mas, também, politicamente, injustificadas. Se, ao invés, é verdadeira a segunda tese, e se se acredita que em nosso País tenha tido lugar uma guerra contra os terroristas, então as práticas de emergência são politicamente legítimas, mas não se trata de direito penal, mas sim de mero exercício da força para fins de defesa. No primeiro caso se deve falar de direito *ilegítimo*; no segundo caso, de *não direito*, isto é, de defesa de fato, justificada então pela necessidade e hoje injustificada, uma vez que o terrorismo teve fim.

A questão é de importância central para uma doutrina garantista do direito penal. O que quer que se pense do terrorismo e em geral dos fenômenos criminais de gravidade excepcional, apenas as duas respostas acima mencionadas são compatíveis com a lógica do Estado de direito, a qual exclui que se possa configurar a razão de Estado como razão jurídica. A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os *meios*, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o *fim* não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono.

Se isto é verdade, o pressuposto de cada política garantista é hoje a crítica da direção assumida no passado pelo nosso poder político no tocante à criminalidade de exceção: por não ter tido firmeza nos princípios do Estado de direito e, conjuntamente, por haver apresentado as concessões como perfeitamente conformes a estes princípios. Não discutirei aqui se o fim, obviamente importante, da luta contra o terrorismo seja equivalente àquele da salvação das bases democráticas do Estado e se justificasse por isso os meios excepcionais que foram vetados. Relevo, apenas, que uma mencionada equivalência – na qual não se exprimisse o insensato temor de uma inverossímil vitória do terrorismo e do abatimento pelas suas mãos da democracia – sempre teve um obscuro sentido subliminar: a idéia de que o perigo para a *salus rei publicae* proviesse, na realidade, do interior do sistema político, minado pelas tentações autoritárias, e assinalasse por esta razão a fragilidade da nossa democracia constrangida a sofrer pequenas rupturas para evitar rupturas maiores. Além deste significado mais claramente explicitado, o argumento da defesa do Estado democrático foi obviamente nada mais do que um lugar retórico, e muitas vezes contraditório, visto que a democracia e o Estado de direito se defendem precisamente com respeito às suas regras. Em todo o caso, uma vez aberto o caminho da emergência como necessário para a defesa do Estado (contra o terrorismo e contra si mesmo), dever-se-ia ao menos ter a coragem e a honestidade de admitir que uma tal resposta ao perigo subversivo era uma resposta fora da lei, como são sempre as respostas de guerra, para não corromper desta maneira os princípios garantistas do direito penal, que é essencialmente um instrumento de paz.

Vice-versa, a tese dominante no mundo político e na cultura jurídica é que o Estado de direito e as garantias foram plenamente respeitadas e que o direito penal de exceção é perfeitamente coerente com a Constituição. Este atrelamento tornou difícil o retorno à normalidade, tendo de fato diminuído a diferença entre normalidade e exceção. O sentido comum de direito criado pelas leis de emergência e sobretudo pela sua ambígua legitimação não ficou alterado. Ficou assentado, por anos, que as leis excepcionais eram no seu conjunto necessárias politicamente e legítimas constitucionalmente; que por essa razão as garantias processuais de liberdade e de verdade servem para os tempos e os processos ordinários e não para aqueles extraordinários; que em tema de justiça o fim justifica os meios, porque os meios não contam e podem ser mudados ou substituídos aleatoriamente.⁴⁶ Esse senso comum permaneceu, e se consolidou, mesmo com a cessação da emergência do terrorismo, que acabou sendo substituída por outras emergências criminais, uma vez que não se rompeu apenas um ou mais princípios, mas o próprio valor dos princípios,

demonstrados como flexíveis e, em certos casos, necessariamente colocados de lado: em uma palavra, não mais “princípios”.

Esta distorção cultural é a verdadeira ruptura produzida pela emergência. Os novos meios excepcionais encontram-se radicados na praxe e difusos nos processos normais, gerando poderes e centros de poder não dispostos a se desmantelarem, e sobretudo uma incultura policialesca informada de forma predominante pelos valores pragmáticos da segurança e da eficiência. E deram alimento a uma regressão geral maior do próprio sentido do direito, a qual, nos anos passados, foi apoiado por quase todos os partidos, pela grande imprensa e pela maior parte dos juristas. O novo Código de Processo Penal não podia ficar imune a isto. Ele teve a desventura de ser elaborado logo após três leis excepcionais: o decreto-lei sobre o interrogatório da polícia sem defensor, a lei sobre os arrependidos, e aquela sobre a leitura nos debates ocasionada pelos maxiprocessos de Palermo, que são precisamente as três maiores heranças havidas da emergência e que transformaram a exceção em regra. “Triste” – advertia majestosamente Francesco Carrara – “se um código penal se funda na edição de *leis de ocasião*; todo princípio de justiça será afastado de tal código. Mas, ao mesmo tempo, é inútil esperar que a ciência subordine a preceitos jurídicos absolutos as medidas e providências que em circunstâncias excepcionais de perturbação pública, na prática, sempre se guiarão unicamente pelo *medo*, que entre todos os sentimentos é o que menos raciocina”.⁴⁷

2. Perspectivas de reforma da legislação

Uma nova fundação garantista do direito penal supõe hoje, antes de tudo, o encerramento do período de emergência. “Quando uma república consegue destruir a todos aqueles que querem acabar com ela”, diz Montesquieu, “tem de se apressar em pôr fim às vinganças, às penas e também às recompensas... Tem de tornar, o mais rápido possível, ao ritmo ordinário de governo, no qual as leis protegem a todos e não se armam contra ninguém”.⁴⁸ Para que esta “ordem normal” não siga corrompendo-se e para que as leis não voltem a “armar-se contra ninguém”, o primeiro passo deveria ser, pois, a supressão de qualquer forma de direito penal especial, começando pela figura do “delito político”, seja em sentido objetivo delito contra “a personalidade do Estado”, seja em sentido subjetivo de “delito determinado em todo ou em parte por motivos políticos”, como por exemplo os “fins do terrorismo”.

O delito político, como estabelecido há dois séculos pelo art. 62 do Código Penal de Pedro Leopoldo, se não equivale a um delito comum, não se justifica como figura criminal especial. Já falei no parágrafo 33.6 da possibilidade de suprimi-lo ou, o pior, de reconduzir a delitos comuns, consumados ou tentados, muitos dos atuais delitos contra a personalidade do Estado: os desacatos, os atentados, os delitos associativos e de conspiração. Acresço agora que não existe razão para não incluir entre os delitos comuns os outros poucos delitos políticos que, da mesma forma que as malversações de fundos públicos ou das corrupções, causam danos concretos aos bens jurídicos de caráter público: como a sabotagem, a espionagem, a usurpação e o impedimento às funções públicas. Quanto aos delitos políticos que remanescem, à medida que tenham por objeto ambíguas e abstratas entidades como “a personalidade” ou o “interesse político” do Estado, não são diferentes dos antigos delitos de lesa-majestade e não se justificam mais, devendo ser excluídos. Esta inconsistência e vagueza do seu objeto jurídico reenvia de fato inevitavelmente à figura do tipo de autor. E comporta, como a experiência ensina, uma distorção substancial e subje-

tiva dos pressupostos de fato, uma perversão inquisitiva do processo penal e uma conotação do réu como inimigo que deve ficar absolutamente alheia ao Estado de direito.⁴⁹

Disto se segue que para o direito não devem existir delinquentes políticos, senão delinquentes comuns: no duplo sentido de que nenhum fato não contemplado como delito deve ser penalizado por razão exclusiva de seu caráter “objetivamente político”, e nenhum delito deve ser tratado de forma distinta que os demais em razão do caráter “subjetivamente político” de suas motivações. No primeiro aspecto, toda a penalização a título de delito político termina na tutela excessivamente antecipada de figuras de perigo abstrato ou presumido, em contradição com o princípio da lesividade, ou, também, como ocorre nos delitos associativos, em uma duplicação da responsabilidade penal já afirmada nos delitos comuns, como o porte de arma, os atos de violência consumados ou tentados ou o concurso para seu cometimento ou preparação. No segundo aspecto, é injustificada e perigosamente arbitrária qualquer forma de discriminação conforme o tipo de autor ou as motivações de fato. Isto não quer dizer, evidentemente, que a personalidade do autor e suas motivações políticas não devam ter relevância no plano da equidade, isto é, para os fins de compreensão da especificidade do fato e da valoração de sua gravidade. Tampouco exclui que se dê relevância às motivações políticas de delitos para efeitos de proibição de extradição ou de procedimentos extraordinários por sua natureza, que são a anistia e os indultos.⁵⁰ A única coisa que se exclui é que a natureza “política” do delito possa justificar a configuração de tipos penais especiais ou alterações legais na medida da pena ou, ainda pior, procedimentos especiais ou excepcionais.⁵¹

O mesmo discurso vale, obviamente, também para as outras figuras de delitos ou de delinquentes especiais, igualmente reconduzíveis a complexas fenomenologias criminais – a bandagem, a máfia, a camorra – e, ademais, sequer caracterizadas por uma especificidade em abstrato dos bens jurídicos protegidos. Também a exclusão do direito penal de tais tipologias de autor responde a uma garantia de segurança contra as perversões substanciais e inquisitivas, além de uma exigência elementar de igualdade. Trata-se, de fato, de figuras informadas por paradigmas constitutivos e, portanto, contrárias ao caráter exclusivamente regulador que devem ter as normas penais. Naturalmente também nestes casos a emergência mafiosa ou camorrista de um delito pode considerar-se como um traço particularmente grave no momento da compreensão e valoração equitativa do fato. Porém, mesmo nestes casos não se justificam as figuras de delito especial, como é tipicamente no nosso ordenamento a associação de tipo mafioso prevista no art. 416-bis do Código Penal, em lugar do delito de associação para delinquir já estabelecido. Também a máfia, como o terrorismo, deve e pode ser enfrentada com os meios penais ordinários.

De forma mais geral, uma nova fundação garantista do direito penal reclamaria o abandono de todas as formas de disciplina especial ou de exceção por tipologia criminal, assim como de todos aqueles institutos de direito penal e processual de polícia que, como já se viu, são colocados ao lado do direito penal ordinário, exorbitando as funções puramente auxiliares que à polícia deveriam competir. Todas as funções punitivas ou processuais da polícia que não sejam puramente auxiliares ao processo penal minam, de fato, a fundamentação de legitimidade própria do direito penal, a qual, já se disse, tem como pressuposto o monopólio penal e judiciário da coerção punitiva e o seu permanente exercício, pois técnica de tutela dos bens e dos direitos fundamentais, nas formas e com as regras que de tal coerção garantem a minimização.

Nesta perspectiva, também as duas principais reformas destes últimos anos – a reforma penitenciária e o novo Código de Processo Penal – deveriam ser recolocadas em discussão. A diferenciação penal e processual, introduzidas por elas graças ao novo paradigma premiador e transacional, não serão consideradas um legado perverso da emergência enquanto sejam concebidas como uma estratégia contingente e transitória de redução da aflição penal e destinadas a sua progressiva superação. Obviamente tal superação não é concebível fora de uma perspectiva reformadora que invista antes de tudo contra o velho Código Penal e toda a variada novelística especial em torno deste acumulada. E isto requer uma *projeção legislativa*, a qual apenas poderá se exprimir em uma nova codificação dirigida a restaurar, com as garantias para os cidadãos, a legitimação seja formal ou substancial da jurisdição.

Esta projeção deveria visar em primeiro lugar a reabilitação da *forma* da lei penal, que entrou em crise nas décadas passadas por causa dos processos maciços de descodificação, do uso da linguagem legal voluntariamente obscura e plurívoca, e sobretudo pela crescente variação entre penas legalmente previstas, penas judiciais, e penas executadas: não se pode, de fato, sequer falar de sujeição à lei, nem de garantias de certeza para os cidadãos, toda vez que as leis sejam, quanto aos delitos, caixas vazias incapazes de colocar limites ao arbítrio judicial, e, quanto às penas, indicações excessivamente severas e por isso suscetíveis de qualquer transação. Quanto aos *conteúdos*, uma projeção legislativa supõe a recuperação de uma dimensão axiológica à altura dos valores da Constituição e capaz, desta maneira, de assegurar tutela a todos e apenas aos bens e aos direitos fundamentais no sentido aclarado pelo parágrafo 33. Isto quer dizer recodificar, com base em um rigoroso critério de economia, os bens jurídicos que são meritórios de tutela penal; despenalizar todos os crimes menores, das contravenções aos crimes punidos com simples penas pecuniárias, os quais não justificam nem pena nem processo; ampliar a esfera da tutela civil e administrativa, transferindo a esta muitos interesses hoje tutelados penalmente; redefinir com o máximo rigor o campo de denotação empírica dos tipos penais delituosos, suprimindo todas as figuras penais elásticas e indeterminadas; expurgar do sistema todas as formas ocultas e disfarçadas de responsabilidade objetiva ou coletiva; rebaixar, enfim, as penas drasticamente, reduzindo-as de direito às medidas a que hoje estão reduzidas de fato, o que significa, como se disse, diminuí-las pela metade e estabelecer limite máximo para qualquer delito em não mais de dez anos.

3. Dois pontos de vista para uma deontologia da jurisdição

Uma nova fundação garantista do direito penal tem, enfim, como pressuposto, a redefinição do horizonte axiológico não só da legislação, mas, também, da jurisdição. Este horizonte deve identificar-se, segundo o meu ponto de vista, com os dois pontos delineados no parágrafo 26 e suas correspondentes fontes de legitimação: o ponto de vista *jurídico* ou *interno* da Constituição, ou seja, dos princípios e dos direitos fundamentais nela incorporados como parâmetros normativos de validade, e o ponto de vista *ético-político* ou *externo* da sociedade, ou seja, dos sujeitos titulares dos direitos fundamentais violados ou não satisfeitos pelo efetivo funcionamento do ordenamento e com referência aos quais pode ser valorada a *justiça*.

O primeiro ponto de vista é aquele que permite aos juízes e a juristas verificar o desvio interno do ordenamento entre o seu dever ser normativo e o seu dever ser efetivo, isto

é, as antinomias entre os parâmetros constitucionais de validade, representados essencialmente pelos direitos fundamentais dos cidadãos, e as leis vigentes e, mais do que isso, a sua aplicação. Em contraste com a escolástica identificação juspositivista entre validade e vigor, isto vale para caracterizar a sujeição do juiz à lei, que é antes de tudo a lei constitucional, como tensão crítica em relação às leis ordinárias vigentes porque virtualmente inválidas em relação à Constituição e aos seus princípios fundamentais; e, portanto, de um lado a solicitar interpretação conforme os valores constitucionais ou censuras de inconstitucionalidade, do outro – e sobretudo – a fundar uma sã consciência das margens irredutíveis de ilegitimidade da legalidade ordinária, e com ela o inteiro conjunto de poderes, inclusive o próprio Poder Judiciário. Uma ilegitimidade, observe-se, que não é um defeito, senão um mérito do Estado de direito. Como se viu no parágrafo 37.5, para a função judicial, e como sustentarei em geral nos parágrafos 57.5 e 59.3, a legitimidade do poder em um Estado de direito, diferentemente dos Estados totalitários, é sempre imperfeita, e tanto mais quanto mais altos são os valores dos direitos incorporados na sua Constituição.

O segundo ponto de vista, que remete inevitavelmente ao primeiro, é aquele externo da sociedade, em particular dos seus sujeitos e dos seus componentes mais fracos. O primado dos direitos “fundamentais” sancionados pela Constituição equivale, de fato, ao primado dos sujeitos que são titulares insatisfeitos daqueles direitos: de suas expectativas, de suas exigências de igualdade, dos seus valores e culturas, que por esta razão se configuram como o lugar e a fonte – não jurídicos, senão ético-políticos – de interpretação e, por esta razão, de verificação dos valores constitucionais. Ao mesmo tempo, como se verá nos dois próximos capítulos, o primado dos direitos fundamentais – no sentido literal de que estes “fundam” a legitimidade seja do direito seja do Estado – equivale ao primado axiológico da sociedade sobre o Estado, entendido o segundo como instrumento da primeira, e de forma definitiva do ponto de vista externo ou social sobre aquele interno ou institucional. Disto derivam duas essenciais aquisições de deontologia judiciária. Em primeiro lugar, a consciência profissional do juiz, como tutor ou garante, contra os poderes, sejam públicos ou privados, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Em segundo lugar, o valor que esses mesmos juízes devem associar à crítica da jurisdição por parte da opinião pública: não apenas tolerando-a, mas exercitando-a, como indivíduos e como grupos; e valorizando-a, não apenas no sentido liberal da sua legitimidade e fecundação, mas, também, no sentido diretamente social da relevância, quais critérios de orientação da jurisprudência, do ponto de vista por ela expresso dos direitos fundamentais não satisfeitos e dos correspondentes interesses materiais. É por estas duas vias que o Poder Judiciário se coliga à soberania popular: a garantia dos direitos fundamentais de todos, enunciados formalmente pela Constituição mas concretamente verificados e substanciados pela sua tutela e possibilidade de serem judicialmente exigidos, e a crítica e o controle popular sobre a justiça. E é unicamente sobre esta base que se pode novamente fundar uma cultura não corporativa da independência do poder judicial como contrapoder institucional, é dizer, como instrumento de tutela do cidadão em conflito potencial com os demais poderes do Estado.

Ambos os pontos de vista encontram-se expressos no ordenamento italiano pelo art. 3, *caput*, da Constituição. Esta, ao menos, foi a interpretação a tais normas, por longo tempo ignorada pela cultura jurídica e política, que foi dada nos fins dos anos sessenta pelos juízes associados ao grupo denominado “Magistratura Democrática”. Foi precisamente a “tarefa” desta norma de remoção dos obstáculos que “de fato” limitavam a liber-

dade e a igualdade dos cidadãos que permitiu a uma cultura judicial progressista reconhecer a divergência estrutural entre o dever ser constitucional e o ser efetivo do ordenamento, além da invalidade tendente do segundo em relação ao primeiro. Conforme a sujeição do juiz à lei, enquanto sujeição à lei constitucional, mudou assim de significado: já não mais o fetichismo e tecnicismo legalista, que esgotava na lei o horizonte axiológico da jurisdição, senão a aproximação constantemente crítica ao direito vigente para comprovar o seu eventual contraste com os valores elevados e difíceis – a igualdade substancial e os direitos fundamentais – incorporados na Constituição e nunca plenamente realizáveis. Ao mesmo tempo, a referência ao art. 3, *caput*, e a primazia dos direitos constitucionais dos cidadãos representou então, para a jurisprudência progressiva, a tramitação da sua abertura ao ponto de vista externo dos sujeitos, cujos direitos são os titulares insatisfeitos. Desenvolveu-se naqueles anos um tipo de reforma judiciária que se expressou no incremento da exceção e na pronúncia de inconstitucionalidade e sobretudo nas orientações progressistas da jurisprudência em matéria de direitos da liberdade, de defesa do ambiente e de controle sobre a legalidade dos poderes. E veio conjuntamente se delineando um novo papel político do juiz: chamado propriamente pelo horizonte axiológico constitucional e pela divergência com a efetividade do direito positivo, não apenas à obtusa aplicação da lei vigente mas à sua crítica e censura para adequá-la vez a vez, e de uma vez para sempre, aos valores altos da Constituição.⁵²

A emergência antiterrorista da segunda metade dos anos setenta e aquela mais genérica contra a criminalidade organizada projetada nos anos oitenta obscureceram, para a maioria dos magistrados, a perspectiva indicada pelo art. 3, *caput*, da Constituição e expressa pelos dois pontos de vista axiológicos ora indicados. A esses dois pontos de vista fez substituir um só, fundamental, que é a defesa do Estado contra o ataque da criminalidade e as conseqüentes razões de eficácia repressiva. O primado assumido pelo fim em relação aos meios é precisamente o produto desta colocação em destaque. Este subverteu as fontes de legitimação da jurisdição e deu novo alimento às nunca reprimidas vocações substanciais e autoritárias da nossa cultura penal. Hoje, a reabertura dos dois horizontes axiológicos perdidos supõe o fim, mais do que da emergência, da própria idéia da emergência em matéria penal, e, ao mesmo tempo, a recuperação, de um modo geral, da dimensão axiológica e política que é própria do garantismo. É a esta dimensão geral que dedicarei a parte conclusiva deste livro.

NOTAS

⁽¹⁾ Cícero, *De legibus*, 3, 3, 8.

⁽²⁾ *Storia della colonna infame*, cit., Introduzione, p. 964

⁽³⁾ Francesco Carrara fala, a propósito, do “terrível e fantasmagórico título de *lesa-majestade*: título que eu chamo de terrível porque se projeta sobre milhões de cadáveres; e chamo fantasmagórico porque teve de substituir, com suas regras excepcionais e ferozes, os fantasmas do medo” (*Programma. Parte speciale*, cit., vol. VII, par. 3918, p. 691). Sobre os *crimina laesae maiestatis*, veja-se o importante volume de M. Sibriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano, 1974. O problema remonta ao direito romano, e precisamente à legislação comicial do fim da República (*lex Apuleia* de 103 a.C., *lex Varia* de 90, *lex Cornelia de maiestate* de 81), mas se desenvolve e degenera em instrumento de repressão sobretudo na era imperial (“proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur”), segundo a definição de Ulpiano, 7 *de officio proconsulis*, D. 48.4.1.1).

⁽⁴⁾ Os primeiros textos legislativos nos quais aparece a expressão “delito político” são a Carta constitucional francesa de 14.08.1830, em cujo art. 69 prevê para os *délits politiques* a aplicação do júri; uma lei de anistia para tais delitos de 08.10.1830; a Constituição belga de 1831, cujo art. 98 reproduz o art. 69 da *Charte* francesa: a expressão já havia sido utilizada por F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique* (1822), trad. it. de A. Répaci, *Giustizia e politica*, Chiantore, Torino, 1945, p. 31, 44, 55, 63 e passim. Antes, a expressão “delito político” havida sido utilizada com sentido totalmente diverso, para designar aquilo que hoje chamamos de contravenções de polícia. Veja-se, por exemplo, o Código giuseppino e o comentário de C. Beccaria, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene*, per cio che riguarda i delitti politici (1791), in *Opere*, cit., II, p. 706-707. Observações históricas e de direito comparado sobre “delito político” são encontráveis em A. Rolin, *Les infractions politiques, leur histoire, leurs caractères distinctifs*, au point de vue du droit belge, *Revue de Droit International*, 15, 1883, p. 417 e ss.; P. Barsanti, *Del reato politico, Completo trattato teorico-pratico del diritto penale*, dir. por P. Cogliolo, Vallardi, Milano, 1890, vol. II; F. Carfòra, *Delitto politico, Digesto italiano*, cit., IX/1, 1898, p. 833-840; P. Nocito, *Alto tradimento*, ob. cit., II/2, 1893, p. 723-1.088; idem, *Reati contro il diritto politico*, Forzani, Roma, 1901; E. Florian, *Trattato di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la sicurezza dello stato*, Vallardi, Milano, 1915. Entre as contribuições historiográficas, veja-se C. U. Schminck, *Stato di diritto e movimento operaio. Per una storia del diritto penale politico in Italia, Studi storici*, 1970, p. 445-487; M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, II, 1973, p. 608 e ss.; S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Cedam, Padova, 1980, p. 47 e ss.; R. Messina, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello stato*, Giuffrè, Milano, 1981, cap. I e II e apêndice (com os textos dos códigos pré-unitários); R. Canosa, *Il delitto politico; ‘natura’ e ‘storia’*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell’Ottocento ai giorni nostri*, Sapere, Roma, 1984.

⁽⁵⁾ Veja-se, sobre esta noção de “delito político”, V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., I, par. 186, p. 422-433; E. Altavilla, *Delitto politico, Novissimo digesto italiano*, cit., V, 1960, p. 410-416; G. Marini, *Delitto politico*, ob. cit., Appendice, II, 1981, p. 1.043-1.047; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 831-836.

⁽⁶⁾ Neste sentido T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del titolo I, libro II C.P.*, in A. M. Stile (org.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 233 e ss.

⁽⁷⁾ A definição é de G. Cassandro, *Resistenza (diritto di)*, *Novissimo digesto italiano*, cit., XV, 1968, p. 591. Na vasta literatura sobre “direito de resistência” e “desobediência civil”, recorde-se, entre outros escritos de Cassandro, N. Nicolaj, *Resistenza (diritto di)*, *Digesto italiano*, cit., XX/1, 1915, p. 1.279-1.290; O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1913), trad. it. de A. Giolitti, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Einaudi, Torino, 1943, VI, p. 205 e ss.; H. Arendt, *Civil disobedience* (1970), trad. it. de T. Serra in *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 29-88; J. Rawls, *A theory of justice* (1971), trad. it. de S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, par. 55-59, p. 302-324; G. Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., p. 88-95; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 136 e ss.; idem, *Disobbedienza civile, Dizionario di politica*, coord. N. Bobbio e N. Matteucci, Utet, Torino, 1976, p. 324 e ss.; idem, *La resistenza all’oppressione, oggi*, in AA.VV., *Studi sassaresi. Autonomia e diritto di resistenza*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 15-31; A. Passerin d’Entreves, *Legittimità e resistenza*, ob. cit., p. 33-45; idem, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1973; G. Così, *Saggio sulla disobbedienza civile*, Giuffrè, Milano, 1984; P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 452-456; F. M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIX, 1988, p. 994-1003.

⁽⁸⁾ “Reddite ergo quae sunt Caesaris, Caesaris, et quae sunt Dei, Deo” (*Mateus*, 22, 21; *Marcos*, 12, 17; *Lucas*, 20, 25); o dever de desobediência vinha fundado, por outro lado, na tese de que não há autoridade “nisi a Deo” (Paulo, *Epístola a Romanos*, 13; idem, *Epístola a Tito*, 3, I; Pedro, *Primeira Epístola*, 2, 13) e por isso a obrigação política vinha subordinada àquela moral e religiosa (*Atos*, 5, 9: “Obedire oportet Deo magis quam hominibus”). Para amplas referências à doutrina paleocristã do primado dos preceitos divinos sobre aqueles judiciais e daqueles alto-medievais e germânicos da “resistência eclesiástica” autorizada pela Igreja, da soberania popular por força de contrato que liga o poder soberano ao povo até o tiranicídio, veja-se G. Cassandro, ob. cit., p. 591-595.

⁽⁹⁾ Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XLII, art. 2: "Videtur quod seditio non semper sit peccatum mortale... 3. Praeterea, laudantur qui multitudinem a potestate tyrannica liberant... Ad tertium dicendum quod regimen tyrannicum non est iustum: quia non ordinatur ad bonum commune, sed ad bonum privatum regentis. Et ideo perturbatio huius regiminis non habet rationem seditionis"; ibidem, quaestio CIV, art. 6: "Principibus saecularibus intantum homo oboedire tenetur inquantum ordo iustitiae requirit. Et ideo si non habeant iustum principatum sed usurpatum, vel si iniusta praecipiant, non tenentur eis subditi oboedire"; H. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, cit., liv. II, p. 33: "ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem"; J. Fortescue, *The governance of England, or the difference between an absolute and a limited monarchy* (1471-1476), org. Ch. Plummer, Clarendon Press, Oxford, 1885: "non potest rex Angliae ad libitum suum mutare regni sui leges". Veja-se igualmente o par. 61 da *Magna Charta*, que estabelece a responsabilidade do rei pela violação das normas ali contidas e o direito dos barões e do povo de agredi-lo em caso de falta de reparação. Quanto às doutrinas alemãs da dupla soberania no *Ständestaat*, e às várias cartas *libertate* alemãs e italianas, veja-se G. Cassandro, ob. cit., p. 595-599.

⁽¹⁰⁾ O passo de Calvino, *Institutio christianae religionis*, IV, 10, sobre o qual normalmente se baseia sua doutrina da resistência encontra-se em G. Cassandro, ob. cit., que remete também às teses protestantes de Hotman, Beza, Du Plessis Mornay, Buchanan e Danaeus e dos católicos Fickler, Boucher e Mariana. Comum a todos é, como já de resto aos estatutos italiano e alemão, a configuração do direito de resistência como direito coletivo e não individual.

⁽¹¹⁾ J. Althusius, *Politica methodice digesta et exemplis sacris atque profanis illustrata* (1603), reed., Scientia, Aalen, 1961, cap. XXXVIII, p. 879-940; U. Grócio, *Annales et historiae de rebus belgicis*, Blaev, Amsterdam, 1657, liv. III; idem, *De iure belli ac pacis*, cit., liv. I, cap. IV; J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit., par. 21, 149, 168, 176 e 241, p. 254, 361 e ss., 378, 385 e 440; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., III, 10, p. 125-128; E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), 2.^a ed., Robert et Gauthier, Lyon, 1802, liv. I, par. 51, t. I, p. 63-69; Condorcet, *Projet de déclaration des droits naturels, civiles et politiques des hommes*, apresentando em 15.02.1793, arts. 1, 31 e 32, in A. Saïtta, *Costituenti e costituzioni*, cit., p. 311-313; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., cap. VI.

⁽¹²⁾ Recordarei, em particular, o art. 3 da Declaração de direitos da Virgínia de 1776, que enuncia o "direito de mudar ou abolir" os governos que não perseguem a felicidade e a segurança dos cidadãos; o art. 2 da Declaração francesa de 1789, que inclui a "resistência à opressão" entre os direitos "naturais e imprescritíveis do Homem"; os arts. 1, 29 e 30 da Declaração de 29.05.1793, que igualmente sancionou o "direito de resistência à opressão" e o "sacro dever" de "insurreição" quando os meios legais de resistência se revelam "impotentes"; o art. 33 da Constituição de 24.06.1793, segundo o qual "a resistência à opressão é a consequência dos outros direitos do Homem"; o art. 9 do projeto de Constituição da República Partenopea, redigido por Francesco Maria Pagano, que estabelece o direito de resistência de todo homem contra os que "impedem o livre exercício das suas faculdades", bem como contra as "autoridades perpétuas e hereditárias, sempre tirânicas".

⁽¹³⁾ É significativo que a positivação do direito de resistência reapareça nas constituições dos países que experimentaram regimes do tipo fascista. Recordem-se: o art. 50 do projeto da Constituição italiana, o qual estabelecia que "a resistência à opressão é direito e dever do cidadão"; as Constituições de 1946 e 1947 de alguns estados alemães, tais como Assia, Bremen, Brandemburgo e Hessen, que asseguram o direito de resistência contra as "violações à Constituição" ou "dos direitos do Homem", ou contra "as leis contrastantes à moral e à humanidade" ou "contra o exercício anticonstitucional dos poderes públicos"; o art. 20 da Constituição portuguesa de 1976 sobre o "direito de opor-se" também "com a força" a qualquer agressão aos direitos fundamentais; o art. 1 da Constituição nicaraguense de 1987 sobre o "direito do povo de defender com armas em mãos" a "independência e a autodeterminação nacionais".

⁽¹⁴⁾ F. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte* (1924), trad. it. de Scolari, *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*, Sansoni, Firenze, 1977.

⁽¹⁵⁾ J. Bodin, *Les six livres de la République* (1756), trad. it. org. por M. Isnardi Parente, *I sei libri dello stato*, Utet, Torino, 1964, liv. I, cap. VIII, p. 345-406; G. Botero, *Della ragion di stato* (1589), trechos escolhidos por L. Firpo, in *La ragion di stato*, Giappichelli, Torino, 1976.

⁽¹⁶⁾ Cf., quanto a esta doutrina, F. Meinecke, ob. cit., VI, p. 149-196. De Richelieu recordem-se, em tema de delitos políticos, as palavras "existem crimes que é necessário primeiro punir, e, depois, se

informar. Entre esses o crime de lesa-majestade é tão grande que deve punir-se até sua cogitação” (cit. por R. Canosa, *Il delitto politico*, cit., p. 20).

⁽¹⁷⁾ Sobre o maquiavelismo no idealismo e no historicismo alemão, desde Fichte e Hegel a Ranke e Treitschke, veja-se F. Meinecke, ob. cit., liv. III, p. 349 e ss.

⁽¹⁸⁾ Cf., por exemplo, *Die Diktatur* (1921), trad. it. de B. Liverani, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*. Laterza, Bari, 1975, p. 212-215, onde Schmitt sustenta a interpretação extensiva do art. 48, *caput*, da Constituição de Weimar, por força do qual o Presidente do Reich, durante o estado de emergência, podia tomar qualquer decisão para restabelecer a ordem, como o de espargir gás venenoso por toda a cidade. A mesma interpretação do art. 48 é encontrada em *Verfassungslehre* (1928), trad. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 46.

⁽¹⁹⁾ O paradigma é o mesmo, no sentido de que a razão política – não importa se do Estado ou do partido – justifica igualmente qualquer delito político para a conquista do poder e qualquer forma de repressão excepcional dos crimes políticos que atentem ao poder. Filangieri recorda as leis excepcionais contra os delitos de lesa-majestade promulgadas por Silas, que graças a delitos em tudo idênticos havia conquistado o poder (*La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XLV, p. 613 e ss.). Para uma análise do paradigma remeto ao meu *Critica della violenza come critica della politica*, in L. Manconi (org.), *La violenza e la politica*, Savelli, Roma, 1979, p. 49 e ss.

⁽²⁰⁾ Recordem-se, por exemplo, as interpretações antropológicas de C. Lombroso e R. Laschi, *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale e alla scienza di governo*, Bocca, Torino, 1890; C. Lombroso, *Gli anarchici*, Bocca, Torino, 1894, nos quais os anarquistas são apresentados como uma categoria especial de delinquentes; idem, *La delinquenza nella rivoluzione francese*, in AA.VV., *La vita italiana durante la rivoluzione francese e l'impero*, Treves, Milano, 1900, que se abre com estas palavras: “Aquela que se denomina de Revolução de 89 não foi senão uma grande revolta e um grande delito político, que serve para aumentar uma triste série de delitos comuns”. Sobre a concessão positivista do delito político, G. Paoli, *Il delitto politico-sociale secondo la concezione positivista*, *La scuola positiva*, 1924, p. 354 e ss.

⁽²¹⁾ “De um lado” – afirma F. Carrara, *Programma. Parte speciale*, cit., vol. VII, par. 3938, p. 704-705, a propósito da “flutuação” e “perplexidade” da legislação e da opinião pública sobre a questão – “os conspiradores e novadores políticos são declarados infames e são perseguidos também nos bens e nos filhos; de outro lado, jogam-se flores sobre suas tumbas e se lhes perpetua a memória como a de mártires, com biografias e cânticos populares. De uma parte se lhes retira a effigie para entregá-la aos abutres; de outro, para empregá-la como lembrete de veneração ou de compaixão nas paredes domésticas. De um lado a chafurdação e, de outro, a glorificação. Mori deplora ferozmente a hospitalidade que as nações cultas concedem a essas pessoas; mas, no entanto, os tratados internacionais dos povos cultos os excluem dos pactos de extradição. De um lado se exigem excepcionais formas judiciais, e juízes eleitos para aumentar a garantia em face da soberania que os persegue; de outro se desejam meios mais velozes e juízos anormais para tornar mais segura a repressão... Carmignani condena vivamente a pena de morte para delitos comuns, mas inclina a frente e reconhece sua necessidade nos delitos políticos... Guizot sustenta tenazmente a legitimidade da pena de morte nos crimes comuns, mas combate seu uso nos crimes políticos. Na Rússia foi abolido o suplício capital para os delinquentes comuns, mas se conserva com amor para os rebeldes. Na França admite-se a guilhotina para os assassinos, mas aboliu-se a pena de morte contra os delitos políticos. Como pode um pobre intelecto humano compor uma ordem filosófica racional diante de matéria tão desconexa?”

⁽²²⁾ Um “direito de resistência da nação armada” foi, por exemplo, configurado por G. Romagnosi, *Dalla Costituzione di una monarchia nazionale e rappresentativa*, cit., que a disciplinou minudentemente em seu exercício, equiparando-a a uma guarda cívica não hierarquizada, subdividida em corpos comunais e dependente não do Príncipe, mas do Senado, competente também para decidir os casos de necessidade: “Uma Constituição sem a força das armas contra um líder sempre armado não vige senão no papel, e não vale como uma carta. Os poderes distribuídos não sustentados pela força dominante são apenas títulos nominais e não valem a não ser como rótulos. O antagonismo constitucional não valorado por um temor efetivo equivale a um latido de cães sem a sustentação de defesa” (parte II, par. 88, p. 655-656); “deve-se, pois, limitar com a lei o exercício da força? Mas contra uma força real

pode-se talvez, com confiança, contrapor-se apenas a Carta? Não resta outra alternativa senão contrapor força a força” e “recorrer a uma outra força armada distinta daquela destinada aos inimigos externos a força armada da nação” (parte I, par. 56, p. 119-120); “Vós vos acomodais rapidamente quando se trata de fazer a guerra fora de casa e a justificais com o perigo do engrandecimento dos vizinhos, que poderia ameaçar a vossa independência, com um dano comercial, com uma ofensa à honra do trono; e não quereis conceder uma guerra assaz mais necessária contra a tirania? (parte I, par. 70, p. 153). Uma teorização em alguns aspectos análoga ao direito de resistência encontra-se também em V. E. Orlando, *Deella resistenza politica individuale e collettiva*, Loescher, Torino, 1885; idem, *Principi di diritto costituzionale* (1889), 5.ª ed., Barbera, Firenze, 1909, p. 303-311, onde o direito de resistência é concebido como “garantia constitucional” e “inevitável corolário da liberdade pessoal” enquanto “direito do cidadão de defender-se contra todos os que queiram violar seus direitos”.

⁽²³⁾ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 507. “A menor tentativa neste sentido”, prossegue Kant, “é alta traição (*proditio eminens*), e o traidor neste caso pode, como os que tentaram trair a pátria, ser punido com nada menos que a pena de morte. O fundamento do dever que tem o povo de suportar o abuso de poder ainda quando este é dado como insuportável consiste no seguinte: que a sua oposição à legislação soberana não deve mais ser considerada como contrária à lei, mas sim como destruidora de toda a construção legal. De fato, se fosse o povo autorizado à resistência, deveria haver uma lei pública que a permitisse, vale dizer, a legislação soberana conteria em si mesma uma disposição segundo a qual ela mesma não deveria mais ser soberana, e o povo, como súdito, seria declarado em um só e único juízo soberano daquele ao qual está sujeitado, o que é contraditório... A alteração da Constituição (defeituosa) do Estado, alteração que às vezes pode ser necessária, pode ser realizada apenas pelo soberano por meio de reformas, mas não pelo povo, e, portanto, não por uma revolução”. Esta negociação absoluta do direito de resistência é argumentada por Kant – em uma longa nota de execração da decapitação de Luís XVI havida poucos anos antes – com a tese de que “o povo”, enquanto súdito e não soberano, “não tem o mínimo direito de punir o soberano pela sua administração passada... Entre todos os horrores que são trazidos com a subversão revolucionária de um Estado, o pior não é o assassinato do monarca, porque pode ser considerado efeito do medo do povo de que, em caso da permanência do monarca com vida, venha novamente a fortalecer-se e faça impor a merecida punição... O que inunda de horror uma alma que tenha a consciência dos direitos de humanidade é a execução solene, como aquela de Carlos I ou de Luís XVI”, que “é um delito que remanesce eterno e que não pode mais ser expiado (*crimen immortale, inexpiabile*), similar àquele pecado que os teólogos afirmam não poder mais ser perdoado nem neste mundo nem no outro... A causa do horror que suscita o pensamento da execução solene de um monarca feita pelo seu povo está no de fato que, enquanto se pode considerar o assassinio apenas como uma exceção à regra adotada pelo povo como máxima, deve-se considerar tal execução como uma completa subversão dos princípios que regulam as relações entre soberano e povo (este se constitui padrão do primeiro, à legislação do qual ele deve sua existência) de modo que a violência caminha com o queixo erguido e se erige em princípio acima do mais santo direito. É como um abismo que engole tudo sem nada dar em troca, é como um suicídio do Estado, é um delito que parece não poder ser resgatado por qualquer expiação” (ibidem, p. 508-509).

⁽²⁴⁾ É com esta motivação que a comissão para a Constituinte rechaçou o art. 50 do projeto que sancionava o direito de resistência, considerando-o incompatível com um ordenamento no qual o povo “tem a competência de intervenção direta para determinar o funcionamento do poder supremo”. A mesma tese é sustentada, por exemplo, por F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. I. La libertà religiosa come diritto pubblico obiettivo*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, p. 180; idem, *Diritti di libertà* (1926), 2.ª ed., La Nuova Italia, Firenze, 1946, p. 58-60 e, por último, por F. M. De Sanctis, ob. cit. Sobre a origem kantiana desta tese, cf., *infra*, a nota 39 do capítulo 14.

⁽²⁵⁾ “Ordenamos que sejam cassadas todas as leis que, com abusiva extensão, constituíram e multiplicaram os delitos de lesa-majestade como provenientes em sua maior parte do despotismo do Império Romano, e não toleráveis em qualquer sociedade bem regulada. E a tolher tal abuso, abolido todo tipo especial de delito da denominada lesa-majestade... abolida de fato toda criminalidade daquelas condutas, todos os demais devem se tornar tipos penais comuns na sua classe respectiva” (art. LXII). Este artigo da Reforma leopoldina, juntamente com o art. LI, que havia suprimido a pena de morte, foi ab-rogado pela Lei de 30.06.1790, e, depois, por aquela de Ferdinando III, de 30.08.1795, a qual res-

taurou a pena capital e o título de “delito de lesa-majestade” para todos aqueles que “difamam, sublevam, colocam-se à frente do povo para opor-se com violência pública às disposições governamentais, e cometem outros excessos ou desordens desta natureza”.

⁽²⁶⁾ Vejam-se nesta direção: Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit., XII, 7-18, p. 438-448, segundo o qual “basta que o delito de lesa-majestade seja formulado em termos vagos para que o governo degenerem em despotismo” e “é um abuso violento dar o nome de delito de lesa-majestade a ações que não o são”, como, por exemplo, a genérica e indireta falta de respeito e os delitos de opinião e de imprensa; C. Beccaria, ob. cit., VIII, p. 24-25, que limita a categoria dos delitos de lesa-majestade àqueles que “destroem imediatamente a sociedade ou aqueles que a representam”, acrescentando que “apenas a tirania e a ignorância, que confundem os vocábulos e as idéias mais claras, podem dar este nome e, por conseguinte, a máxima pena aos delitos de natureza diferente, e tornar os homens, como em outras mil ocasiões, vítimas de uma palavra”; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, cap. XLV-XLVI, p. 611-634, que igualmente polemiza contra a extraordinária expansão do delito de lesa-majestade desde Silas, passando por Júlio César, Augusto e Tibério, até a legislação francesa, e recomenda sua drástica redefinição e redução; G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., par. 516, p. 145, que inverte o dito de Claro “in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi”, como de resto já havia afirmado Filangieri (ob. cit., liv. III, cap. IX, p. 385); J. Bentham, *Principes du code penal*, parte I, cap. II, in *Oeuvres*, cit., I, p. 119-120, e *Vue générale d'un corps complet de législation*, ob. cit., cap. VI-VII, p. 292-303, onde os delitos políticos são incluídos entre os denominados “públicos”. Uma expansão de fato da categoria do delito político por meio da qualificação de “todos os malfetores” como “rebeldes ou traidores da pátria”, da qual “deixa de ser membro violentando a lei”, de forma que “é necessário matá-lo menos como cidadão, que como inimigo”, encontra-se em J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., II, 5, p. 71-72. E também Kant, loc. ult. cit., quando analisa as razões específicas do “horror” suscitado pela “execução solene de um monarca”, identifica a máxima de “maldade” precisamente na conotação política do delito, por força da qual o delinquent não se limita a “desviar”, isto é, “a fazer da exceção uma regra (renegando-a acidentalmente), mas “rejeita a autoridade... e assume como regra agir contrariamente à lei” sendo que “a sua máxima é contrária à lei não apenas negativamente, mas diretamente ou, como se diz, diametralmente”.

⁽²⁷⁾ *L'idea della ragion di stato*, cit., p. 14.

⁽²⁸⁾ *Prix de la justice*, cit., art. XX, p. 572.

⁽²⁹⁾ É a definição com a qual se abre o livro de F. Meinecke, ob. cit., p. 1.

⁽³⁰⁾ A idéia não é estranha à tradição clássica ou pré-cristã. Meinecke (ob. cit., p. 25-26), recorda a passagem de *Le fenicie*, na qual Eurípides faz anunciar a Etéocle a dupla moral, uma para a vida política, outra para a vida privada: “Se é necessário cometer injustiça, é belo fazê-lo para obter o poder, mas seja justo e pio em todos os outros casos”; e também Cícero, *De officiis*, 3, 45: “Utilitatis specie in republica saepissime peccatur”; idem, *Epistularum ad familiares libri XVI*, 10, 16, onde, pela primeira vez, emprega-se a expressão “ratio rei publicae”. Recorde-se, de resto, a máxima ciceroniana, “salus populi suprema lex esto” (*De legibus*, 3, 3, 8). Cf., ainda Platão, *La Repubblica*, cit., III, 389b: “Aquele que governa um Estado pode mentir para os cidadãos ou inimigos, tendo em mente o bem do Estado; os demais não devem lançar mão de tão grave remédio”; ibidem, V, 459: “Os líderes da Cidade devem fazer uso da mentira e do engodo em favor de seus súditos. Dizia-se, recorde-se, que mentira e engodo deveriam ser considerados úteis à guisa de remédio”.

⁽³¹⁾ Tais são para Hegel, os “grandes indivíduos cósmico-históricos”, “cujos próprios fins particulares contêm o substancial, que é a vontade do espírito do mundo”, que “têm o direito de sua parte porque são os visionários” aos quais “os demais devem obedecer” (*Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1837), trad. it. de G. Calogero e C. Fatta, *Lezioni sulla filosofia della storia*, La Nuova Italia, Firenze, 1941, p. 79 e 88-91). Esta idealização dos homens de Estado foi retomada por Leopoldo Ranke, segundo o qual a razão de Estado é a idéia que “vive praticamente nos verdadeiros homens de Estado: ela é a regra de suas condutas. Nos seus pensamentos, nos seus espíritos, concentra-se a existência espiritual do Estado” (cit. por F. Meinecke, ob. cit., p. 395).

⁽³²⁾ Sobre a idéia de Estado de direito como “meio” ou “instrumento” de tutela dos direitos fundamentais, contraposta àquela do Estado como “fim” ou “valor”, voltarei no próximo capítulo. Recorde-se que a configuração do direito penal como “defesa jurídica”, mais do que como “defesa

social”, foi motivada por F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., II, par. 815, p. 275, com a tese de que a “defesa social poderia, em certos casos, voltar a legitimar também a violação dos direitos individuais, alargando o perigoso ditado *salus publica suprema lex esto*; o que não pode ser concedido no campo penal, porque substituindo a dominação da utilidade pela dominação (que é a única legítima) da justiça, conduz as leis à violência”.

⁽³³⁾ Têm por título “A tutela da ordem democrática” e “Para a defesa da ordem constitucional”, respectivamente, o Decreto-lei 625, de 15.12.1979, convertido na Lei 15, de 06.02.1980, e a Lei 304, de 29.05.1982. Mais sóbrios são os títulos das leis especiais antecedentes: “Disposições de tutela da ordem pública” (Lei Reale, de 22.05.1975), “normas penais e processuais para a prevenção e repressão dos crimes graves” (Decreto-lei 59, de 21.03.1978, convertido na Lei 191, de 18.05.1978) e similares.

⁽³⁴⁾ Para uma análise mais aprofundada da legislação desta primeira fase da emergência, recorrendo o meu artigo 1977: ordine pubblico e legislazione eccezionale, *La questione criminale*, 1977, n. 3, p. 361-404; Palazzo, *La recente legislazione penale*, cit., p. 16 e ss. e 261 e ss.

⁽³⁵⁾ Pense-se, em matéria de terrorismo, nos processos do “7 de abril” e aquele contra as “Unidades Comunistas Combatente”, os quais, por constituírem os casos limites que seria injusto generalizar, contém uma espécie de *summa* de todos os desvios processuais de emergência que exerceram maior influência nos costumes dos juizes. Sobre estes e outros processos de emergência, remeto a G. Scarpari, Processo a mezzo stampa: il 7 aprile, *Quale giustizia*, n. 51, 1979, p. 228-292; idem, La vicenda del ‘7 aprile’, *Questione giustizia*, 1982, n. 3, p. 599-565; L. Ferrajoli, Il teorema Calogero: frane e puntelli nella requisitoria Ciampani, *Critica del diritto*, n. 23-24, 1981, p. 51-62; idem, Il caso ‘7 aprile’. Lineamenti di un processo inquisitorio, *Dei delitti e delle pene*, 1983, I, p. 167-205; idem, Il processo penale diffuso (Ancora sul caso ‘7 aprile’), ibidem, 1983, 2, p. 381-388; idem, L’imputato come nemico: un topos della giustizia dell’emergenza, ibidem, 1983, 3, p. 581-593; P. Petta, I reati associativi e i giudici del ‘7 aprile’, *Critica del diritto*, n. 23-24, 1981, p. 103-115; P. Dusi, Il ‘7 aprile’ padovano e la stampa, *Questione giustizia*, 1982, 3, p. 627-637; G. Palombarini, 7 aprile: il processo e la storia, com introd. de G. Scarpari, Arsenale, Venezia, 1982; A. Portelli, Oral testimony, the law and the making of history; the ‘april 7’ murder trial, *History Workshop Journal*, 20, Aut. 1985, p. 5-36. Uma ampla documentação sobre numerosos casos – entre os quais o caso Tortora e o caso Naria – está contida no volume *Lo stato della giustizia in Europa. Il caso Italia. Strasburgo, 23-24 ottobre 1984*, Cedam, Padova, 1985, com escritos de Stephan Trechsel, Giuliano Vassalli, Mauro Mellini, Patrizio Rovelli, Italo Mereu, Agostino Viviani e Gian Domenico Pisapia. Uma crítica analítica feita durante esses alguns anos, quase quotidiana, da legislação de emergência deve-se ao jornal *Il Manifesto*, e à revista *Antigone*.

⁽³⁶⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XVII, p. 46.

⁽³⁷⁾ Para uma crítica à lei sobre os “arrepentidos” de 1982, além das observações de caráter geral feitas no parágrafo 41.2, remeto a L. Ferrajoli, Ravvedimento processuale e inquisizione penale, *Questione giustizia*, 1982, 2, p. 209-222; E. Resta, Il diritto penale premiale. ‘Nuove’ strategie di controllo sociale, *Dei delitti e delle pene*, 1983, I, p. 41-69; T. Padovani, La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, II, p. 529-545; idem, ‘Premio’ e ‘corrispettivo’ nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milano, 1987; D. Pulitanò, *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, ivi, p. 39-74; F. Cordero, Contratto penale e giustizia amministrativa nella filosofia del processo, ibidem, p. 105-114; E. Musco, La premialità nel diritto penale, ibidem, p. 115-132. Sobre a relevância probatória da chamada do co-réu existe uma ampla literatura e rica jurisprudência. Limite-me a recordar E. Fassone, Riflessioni sul tema della prova, *Questione giustizia*, 1985, 3, p. 515 e ss.; G. Neppi Modona, Dichiarazioni dei ‘pentiti’ e problema della prova, ob. cit., 1985, 4, p. 766-777; G. Lozzi, La valutazione probatoria della chiamata di correità, ob. cit., 1986, I, p. 62-71; G. Fiandaca, La ‘chiamata di correo’ fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo, *Il foro italiano*, 1986, II, p. 529 e ss.; A. Bevere, *La chiamata di correo. Regole dell’esperienza giurisprudenziale*, Sapere, Roma, 1988. Sobre o problema da “dissociação silenciosa” e sua péssima disciplina legislativa, cf. L. Saraceni, Ancora dissociazione dal terrorismo, *Questione giustizia*, 1983, 4, p. 769-802; L. Ferrajoli, La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell’emergenza, ob. cit., 1987, 2, p. 268-278.

⁽³⁸⁾ Uma crítica cerrada aos maxiprocessos é desenvolvida por M. Ramat, Il maxiprocesso, *Questione giustizia*, 1985, n. 2, p. 259-275. Cf. também, sobre o tema, E. Amodio, La patologia del ma-

xiprocesso: diagnosi e terapeutica, *Cassazione penale*, 1987, p. 2.056 e ss.; G. Neppi Modona, Il processo cumulativo nel nuovo Codice di Procedura Penale, ob. cit., 1988, p. 940-955, onde o uso da “mais neutra” expressão “processo cumulativo” no lugar daquela “maxiprocesso” (já adotada por Vassali na comunicação ao congresso sobre *Lo stato della giustizia*, cit., p. 31) é recomendada para exorcizar “os componentes emotivos e ideológicos que normalmente se fazem presentes no tema” e por propiciar uma abordagem “mais laica e menos ideologizada” do problema. Veja-se também o fascículo de *La difesa penale*, n. 16-17, 1987, que contém as atas do congresso desenvolvido em San Remo sobre *Autonomia del maxiprocesso*.

⁽³⁹⁾ Exemplar a respeito o processo de “7 de abril”, no curso do qual os juízes refutaram repetidamente o confronto na fase instrutória entre os imputados e os arrependidos Fioroni e Casirati, todos detidos; concederam a Fioroni favores clamorosos, até permitir sua fuga com emprego de um passaporte falso concedido ilicitamente pela Presidência do Conselho, e aos outros arrependidos, como Temil, a retirada das iniciais e gravíssimas imputações; fizeram uso contínuo dos mandados reiterados e substitutivos para “substituir” (em vez de arquivar) as imputações irrogadas com os primeiros mandados de captura, que vez a vez foram se mostrando inviáveis. Sobre tudo isto, veja-se L. Ferrajoli, *Il caso ‘7 aprile’*, cit.

⁽⁴⁰⁾ *Dei delitti e delle pene*, cit., XVII, p. 45.

⁽⁴¹⁾ Cf. os escritos citados na nota 35. Veja-se também o meu *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, *Dei delitti e delle pene*, 1984, 2, p. 287.

⁽⁴²⁾ *Théorie des peines et des récompenses*, cit., t. III, liv. I, cap. XII, p. 159. Sobre a incompatibilidade de qualquer forma de acordo do imputado com a acusação, veja-se *supra*, o parágrafo 41.2 e as críticas a institutos similares feitas por Beccaria, Diderot, Filangieri, Pagano e Romagnosi, remeto o leitor às notas 299-305.

⁽⁴³⁾ Este singular “modelo colaboracionista” é sustentado, com argumentos puramente de eficiência, por G. Conte, *La gestione collettiva dei processi di criminalità organizzata fra le vecchie strutture e le nuove tendenze della magistratura*, *Questione giustizia*, 1985, n. 2, p. 277-285.

⁽⁴⁴⁾ *Leviatano*, cit., XXVIII, p. 261.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁶⁾ Recorde-se o aval prestado pela legislação de emergência, e antes disso à idéia de emergência como estado de necessidade que justifica a mutação das regras ordinárias, pela Sentença 15, de 1.º 02.1982, da Corte Constitucional: “Diante de uma situação de emergência... Parlamento e Governo têm não só o direito e o poder, mas também o preciso e indeclinável dever de prover, adotando uma adequada legislação de emergência”; e também “(a emergência) legitima medidas insólitas” mesmo se – agregasse um pouco depois – “estas perdem a legitimidade se se protraem no tempo”.

⁽⁴⁷⁾ *Programma. Parte speciale*, cit., par. 3939, p. 708.

⁽⁴⁸⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XII, 18, p. 447.

⁽⁴⁹⁾ Carrara, como é notório, negou qualquer consistência científica e filosófica à classe dos “delitos políticos”, aos quais dedicou, na conclusão de seu *Programma*, um capítulo intitulado “Por que não exponho esta classe”. No seu parecer, de fato, “as condições da ciência mostram indefinível por princípios absolutos o crime político, porque se vacila em identificar no seu interior o critério constituinte de culpabilidade”: já que, se o critério na matéria é aquele da “maioria”, “devem ser contados os pretensos conspiradores. E se eles perfazem quinhentos e dez numa população de mil, não se poderá chamá-los nem de conspiradores nem de delinquentes, mas serão, ao invés, delinquentes e rebeldes os quatrocentos e noventa que a eles se opõem. Nem sempre bastará o número, pois ao se realizar a contagem os menores vencem os maiores por destreza, coragem ou força maior, a razão e a glória será para eles, e o vitupério e a prisão para os outros”, donde, “para se concluir a priori se um projeto de conspiração será ou não um delito, dever-se-á calcular sua sabedoria e sagacidade” (ibidem, par. 3928-3992, p. 698-700). O que equivale a “dizer ao criminalista *procul est prophani*, porque o campo dos delitos políticos não está sob o domínio do direito penal”, o qual “não será o árbitro da sorte de um homem a quem alguns aplaudem e outros execram, sem o que a denominada razão punitiva não pode ser árbitro da verdade entre aquele aplauso e aquela execração” (ibidem, par. 3935 e 3939, p. 702 e 706-707).

⁽⁵⁰⁾ Recordem-se, entre as anistias deste século nas quais se dá relevância ao móvel político, o R.D. 437, de 07.08.1905, para os delitos cometidos por ocasião de “sedição” ou “tumulto”; R.D. 3, de 04.02.1909, para alguns delitos de índole política ou econômica; R.D. 157, de 21.02.1919, e 1.501, de 02.09.1919, que falam de “delitos cometidos por ocasião de motim popular, demonstração pública e tumultos determinados por causas políticas e econômicas”; o R.D. 1.300, de 11.09.1921, “para os delitos de índole política e para aqueles cometidos por causa de movimentos políticos e determinados por causas políticas”, cometidos em Tripolitânia e Cirenaica; o R.D. 1.641, de 22.12.1922, que diz respeito a “crimes previstos por quaisquer códigos ou leis, ainda que financeiros, cometidos por ocasião ou por causa de movimentos políticos, quando o fato tenha sido cometido para fins nacionais, mediatos ou imediatos”; o Decreto Legislativo 719, de 17.11.1945, para os crimes políticos antifacistas; o D.P. 4, de 22.06.1946, para os crimes políticos e militares; o D.P. 460, de 11.07.1959, “para os crimes políticos no sentido do art. 8 do Código Penal, cometidos entre 25.07.1943 e 18.06.1946”, assim como para aqueles cometidos “sucessivamente e punidos com pena detentiva não superior ao máximo de 4 anos”, e, por fim, o D.P.R. 283, de 22.05.1970, para os delitos punidos com pena não superior a cinco anos e cometidos “com finalidade política, por causa e em ocasião de agitação ou manifestação sindical ou estudantil, ou de agitação ou manifestação atinente a problema de trabalho, de ocupação, da casa ou da segurança social”.

⁽⁵¹⁾ Para ulteriores argumentos, remeto ao meu *Delitto politico*, ragion di stato e stato di diritto, in AA.VV., *Il delitto politico*, cit., p. 49-58.

⁽⁵²⁾ Não se compreenderia a contestação desenvolvida pelos juízes naqueles anos se não se levasse em conta o duplo horizonte axiológico aqui delineado: o jurídico constitucional dos direitos fundamentais e o político e social dos interesses subalternos e das perspectivas de transformação que aqueles delitos reclamavam e legitimavam. Nem se entenderia, fora da dimensão axiológica associada ao art. 3, *caput*, o sentido de uma indicação como aquela expressa pela fórmula “jurisprudência alternativa” e “uso alternativo do direito”, que nunca foram dirigidas a contestar a legalidade positiva enquanto tal, mas sim o dogma juspositivista de validade das normas apenas porque vigentes, e por outro lado o monopólio ideológico da legitimidade jurídica até agora detido pela jurisprudência conservadora. A expressão “jurisprudência alternativa” – além daquela de “interpretações ou aplicações alternativas” e “praxe judiciária alternativa” – foi introduzida por D. Pulitanò, *Appunti per magistratura democratica* (1971), in *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari, 1977, p. 60, 63 e 72. Foi depois retomada por V. Accattatis, L. Ferrajoli e S. Senese, *Per una magistratura democratica*, relazione al Congresso di MD del 3-5.12.1971, *Problemi del socialismo*, 1973, n. 13-14, p. 165 e ss. A fórmula “uso alternativo do direito” que teve na sequência maior sorte, foi o título de um congresso em Catânia, em 15-17.05.1972, e, depois, de uma publicação das atas organizada por Pietro Barcellona, publicada pela editora Laterza, Bari, 1973. Sobre o tema da insuprimível “politização” da função judiciária, que nos primeiros anos da década de setenta dividiu a cultura jurídica, recordem-se, além dos escritos já citados, também La magistratura in Italia, *Il Ponte*, luglio 1968, n. 6-7; N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, *Quale giustizia*, 1971, 8, p. 268-274; L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit.; idem, *L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano*, *Quale giustizia*, 1974, 21-22, p. 502-515; S. Senese, *Lotta ideologica, istituzioni e potere giudiziario*, *Problemi del socialismo*, 1974, 19-20, p. 54-87; idem, *Relazione, Atti del seminario sulla magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Pisa, 28.04.1977, Giuffrè, Milano, 1978, p. 1-87; N. Lopez Calera, M. Saavedra Lopez e P. Andres Ibañez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Torres, Valencia, 1978; R. Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984. Para um balanço lúcido, cf. P. Costa, *L'alternativa 'presa sul serio'*. Manifesti giuridici degli anni settanta, *Democrazia e diritto*, 1987, e, para a experiência espanhola, P. Andrés Ibañez, *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988.

V

PARA UMA TEORIA GERAL
DO GARANTISMO

O QUE É GARANTISMO

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 56. TRÊS SIGNIFICADOS DE “GARANTISMO”: 1. O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação; 2. Teoria do direito e crítica do direito; 3. Filosofia do direito e crítica da política; 4. Uma teoria do garantismo – 57. A) UM MODELO DE DIREITO. ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: 1. O Estado de direito: governo *per leges* e governo *sub lege*. Legitimação formal e legitimação substancial; 2. Democracia e Estado de direito: “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e “o que não” se deve decidir; 3. Os direitos fundamentais: liberdade e expectativas. Estado de direito liberal e Estado de direito social; 4. Democracia formal e democracia substancial. O garantismo como base da democracia substancial; 5. A aporia da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de direito – 58. B) UMA TEORIA DO DIREITO. O DIREITO ILEGÍTIMO: 1. Garantismo e positivismo jurídico; 2. Juspositivismo dogmático e juspositivismo crítico. A crítica jurídica do direito vigente inválido; 3. Dois dogmas do juspositivismo dogmático: a obrigação de o juiz aplicar a lei e a possibilidade de valoração da ciência jurídica; 4. Juízos sobre vigor e juízos sobre validade. Duas aporias teóricas: a possibilidade de valoração e a discricionariedade dos juízos de validade; 5. Antinomias e lacunas irredutíveis. A crítica do direito inválido como tarefa do juiz e do jurista – 59. C) UMA FILOSOFIA DA POLÍTICA. O ESTADO-INSTRUMENTO: 1. Estado-instrumento e Estado-fim: utilitarismo ou política ética; 2. O garantismo como doutrina da fundação externa do Estado sobre os direitos vitais dos cidadãos; 3. Uma aporia política: a irredutível ilegitimidade política do poder no Estado de direito. As ideologias de legitimação; 4. Liberalismo real e socialismo real.

56. TRÊS SIGNIFICADOS DE “GARANTISMO”

1. O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação

Vimos como o modelo penal garantista, recebido na Constituição italiana como em outras Constituições como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatendido: seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policiaescas. Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em *

nome da defesa do Estado de-direito e do ordenamento democrático. Da palavra “garantismo” é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si, que correspondem a outros tantos temas tratados nas três primeiras partes deste livro, mas que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a ~~maximizar a~~ liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de graus de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

2. Teoria do direito e crítica do direito

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Uma aproximação tal não é nem puramente “normativa” nem puramente “realista”: a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma *teoria da divergência* entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. A desenvolvida neste livro é, por exemplo, uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhe os lineamentos de validade e sobretudo de invalidade; referida aos modelos normativos, os quais se exprimem nos seus níveis mais altos, é idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade. Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação *interna* do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de

vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.

Esta perspectiva crítica não é externa, ou política ou metajurídica, mas interna, científica e jurídica, no sentido de que assume como universo do discurso jurídico o inteiro direito positivo vigente, não lhe obliterando as antinomias mas evidenciando-as e, assim, retirando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo. Ela é, de outra parte, incomum na ciência e na prática jurídica, em que um equivocado juspositivismo confirma freqüentemente comportamentos dogmáticos acríticos e contemplativos no que diz respeito ao direito positivo, e sugere ao jurista a tarefa de cobrir-lhe ou fazer-lhe enquadrar as antinomias, mais que explicitá-las e denunciá-las. E assim o é mais ainda na cultura política e no senso comum, onde prevalece freqüentemente o obséquio ao direito vigente, qualquer que seja, e aos seus modos mesmo ilegais de funcionamento prático. Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.

3. Filosofia do direito e crítica da política

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente *externo*.

Este ponto de vista foi próprio, como tivemos a oportunidade de mostrar, do pensamento iluminista e da “ciência da legislação”, por este elaborada nas origens do moderno Estado de direito; é comum, de outra parte, a toda perspectiva não conservadora, seja ela reformadora ou revolucionária. Mais em geral, a assunção de um ponto de vista externo ou político não encoberto sobre aquele interno ou jurídico forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado, e não só dos poderes penais. Em um duplo sentido: porque o externo é o ponto de vista de baixo ou *ex parte populi*, e o interno é o ponto de vista do alto ou *ex parte principis*; e porque aquele exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos (“fundadores”), ou mesmo os interesses e as necessidades “naturais” – individuais e coletivas – cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas “artificiais”,¹ que são as instituições jurídicas e políticas. Entretanto, o atrofiamento de um autônomo ponto de vista externo, ou pior, a sua explícita confusão com aquele interno, forma a conotação específica de todas as culturas políticas autoritárias, de vários modos comuns reunidos nas idéias de autofundação e de autojustificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim. Acrescento que o ônus da justificação externa é idôneo para fundar doutrinas políticas que permitam justificações não absolutas

ou totais, mas contingentes, parciais, *a posteriori* e condicionadas, não só, como vimos no capítulo 6, do direito penal, mas mais em geral do direito e do Estado.

4. Uma teoria do garantismo

Estes três significados de “garantismo”, para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas – jurídicas e políticas – que permitem relevar //

O principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo permite reside na separação entre direito e moral, e mais em geral entre ser e dever ser, nos múltiplos sentidos elucidados no parágrafo 15. Esta separação, elaborada nas origens do Estado de direito do pensamento iluminista, deve ser por esta tornada como tema em todo o seu alcance – epistemológico, teórico e político – como objeto privilegiado de investigação nos diversos níveis da análise jurídica: a meta-jurídica, da relação entre direito e valores ético-políticos externos; a jurídica, da relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e as suas aplicações; e a sociológica, da relação entre direito no seu conjunto e práticas efetivas. Apenas o reconhecimento da divergência – insuperável porque ligada à estrutura deontica das normas – entre normatividade e efetividade permite, precisamente, impostar análises dos fenômenos jurídicos, evitando a dúplici falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos. Esta dúplici falácia está na base de muitas regressões ideológicas que caracterizam a história da cultura não apenas penal mas, inclusive, e em geral, jurídica: seja das filosofias da justiça, porquanto concernentes à relação entre ser e dever ser *do* direito e por isso o problema da justificação externa ou política; seja das teorias do direito, porquanto concernentes à relação entre ser e dever ser *no* direito e por isso o problema da validade interna ou jurídica. Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma *crítica das ideologias*: das ideologias *políticas*, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias *jurídicas*, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com o vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade.

57. A) UM MODELO DE DIREITO. ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

1. O Estado de direito: governo *per leges* e governo *sub lege*. Legitimação formal e legitimação substancial

No primeiro dos três significados acima distinguidos, o “garantismo” é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o *Estado de direito*.

“Estado de direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a idéia, que remonta a Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”,² a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas.³ Ao menos no campo do direito penal, “Estado de direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.

Poder *sub lege* pode, de outra parte, ser entendido em dois sentidos diferentes: num sentido débil, ou lato, ou formal, no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte, ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos. Diria que o primeiro destes significados corresponde ao uso alemão de “*Rechtsstaat*”, enquanto o segundo corresponde ao uso inglês de “*rule of law*” e ao italiano de “*stato di diritto*”.⁴ No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, mesmo autoritários, ou, pior, totalitários, os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal;⁵ no segundo sentido, que implica o primeiro, são, ao invés, somente os Estados constitucionais – e em particular aqueles Estados de Constituição rígida, como é tipicamente o italiano –, os quais incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. Podemos, grosso modo, associar estes dois significados de “Estado de direito” às duas noções aqui elaboradas a partir do princípio da legalidade: à legalidade em sentido lato, ou *validade formal*, que requer, tão somente, que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; e à legalidade em sentido estrito, ou *validade substancial*, que exige, outrossim, que lhes sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão.

O termo “Estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é sub-

metida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. Como foi visto nos parágrafos 26.3, 28.3 e 37.3, a primeira destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial. Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.

Retomando uma tese formulada no parágrafo 28.3, podemos, neste ponto, identificar, de modo generalizado, estas duas fontes de legitimação com os dois modelos de legalidade, logicamente diferenciados, que outras vezes distingui neste livro com referência exclusiva ao direito penal: com a legalidade em sentido lato, por força da qual a lei é condicionante (segundo a fórmula *nulla poena... sine lege*) e com a legalidade em sentido estrito, por força da qual a lei é condicionada (segundo a fórmula *nulla lex sine...*). O princípio de mera legalidade se limita precisamente a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei qual condição formal de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais. No direito penal, onde o direito formal em jogo é a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias, estes conteúdos substanciais têm sido individualizados na enumeração exaustiva das hipóteses de delito, que comporta de um lado a referência empírica aos três elementos constitutivos expressos pelas garantias penais e, por outro, a sua verificação e falsificação nas formas expressas pelas garantias processuais. Nos outros setores do ordenamento, os direitos fundamentais objeto de tutela são diferenciados; mas mesmo estes, se garantidos constitucionalmente, se configuram como vínculos de validade para a legalidade ordinária, a qual, por isso, resulta igualmente caracterizável como estrita legalidade. Em todos os casos pode-se dizer que a mera legalidade, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto a estrita legalidade, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial.

2. Democracia e Estado de direito: “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e “o que não” se deve decidir

A distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou mais exatamente entre condições formais e condições substanciais impostas ao válido exercício do poder, é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito nos ordenamentos modernos. Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre quem pode e sobre como se deve decidir, e as regras sobre o que se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo e as do segundo, à estrutura

dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático (ou, ao invés, monárquico, ou oligárquico, ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito (ou, ao contrário, absoluto, ou totalitário, ou seja, mais ou menos de direito) do sistema jurídico.

A nossa Constituição, por exemplo, contém regras tanto do primeiro quanto do segundo tipo, que servem, respectivamente, para caracterizar o nosso ordenamento como Estado “democrático” e como Estado “de direito”. As regras da democracia política são aquelas contidas de forma precípua na segunda parte, que disciplina as formas de expressão da soberania popular definindo quem decide e como se decide e estabelecendo para tal fim competências e procedimentos: tais são as normas de sufrágio universal de eleição para os órgãos legislativos, o princípio da maioria na formação de suas decisões, os vários métodos de eleição indireta, segundo suas diferentes funções, dos outros órgãos do Estado e similares. As regras do Estado de direito estão, ao contrário daquelas, contidas sobretudo na primeira parte, que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo o que não se deve, ou ainda, se deve decidir, e assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado: de um lado as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nas formas e nos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de opinião, os direitos de reunião, de livre associação, de culto e de circulação; de outro, as obrigações de remover as desigualdades sociais, de promover as condições que tornem efetivo o direito ao trabalho, de proteger as minorias lingüísticas, de assegurar a instrução e a saúde, de manter e assistir os inaptos ao trabalho e quantos forem desprovidos de meios de subsistência. Pode-se acrescentar que freqüentemente a violação das regras do primeiro tipo é causa de inexistência ou não-vigor, enquanto aquela das regras do segundo tipo é causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo.

É supérfluo recordar que o Estado moderno nasceu historicamente como Estado de direito, bem antes que como Estado democrático; como monarquia constitucional e não como democracia representativa. Mais exatamente, nasceu como Estado de direito limitado por vedações (ou deveres negativos de não fazer) e não ainda vinculado a obrigações (ou deveres positivos de fazer). O núcleo essencial das primeiras cartas fundamentais – desde a antiga *Magna Charta* inglesa às declarações setecentistas dos direitos, até os estatutos e às Constituições do século XIX é formado por regras sobre o limite dos poderes e não sobre a fonte ou as suas formas de exercício. Mas também axiologicamente, e não apenas cronologicamente, a limitação legal do poder soberano precede a sua fundação democrático-representativa. A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado. As suas regras são, com certeza, as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer

decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso a sua lesão por parte do Estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como por questões não vitais sobre as quais vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão, até a guerra civil. “Sobre questões de existência”, foi dito, “não se deixa à minoria”.⁶

O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da conveniência civil entre maioria e minoria, concedendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos por meio daquilo que no parágrafo 26.4 chamei de “incorporação limitativa”, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos *invioláveis*, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto mas limitado e condicionado. “A declaração de direitos”, diz o art. 1 da segunda parte da Constituição francesa de 1795, “contém as obrigações dos legisladores”.⁷ Estas obrigações, tanto quanto lhe é efetivamente exigível a satisfação, formam as *garantias* dos cidadãos: que são contra a maioria, sendo postas contra qualquer poder para tutela sobretudo dos indivíduos e das minorias que não têm poder; e são contra a utilidade geral, tendo como escopo exclusivo a tutela dos direitos individuais.⁸ Graças a elas o legislador, mesmo se é ou representa a maioria do povo, não é nunca onipotente, dado que a violação delas confere vigor às normas não somente injustas mas também inválidas, e portanto censuráveis e sancionáveis não só politicamente mas também juridicamente.

É assim que a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em *cidadão*, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente “naturais” mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele. O denominado *contrato social*, uma vez traduzido em pacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófico-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e o cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada.

3. Os direitos fundamentais: liberdade e expectativas. Estado de direito liberal e Estado de direito social

Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da propriedade). As *garantias liberais* ou *negativas* consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar viver e de deixar fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.

Entende-se que o campo mais importante destas vedações legais de prestação é aquele que se refere ao uso da força, e por isso, antes de tudo, o direito punitivo, desde o direito penal ordinário até o direito administrativo de polícia. É neste campo que as Constituições

Estado absoluto

súbito

Estado de direito

liberal

contrato social

Estado

social

Estado

têm mais rigidamente vinculado os poderes públicos, quais sejam a sua fonte e a sua forma. Nenhuma lei, como foi dito, mesmo que votada com esmagadora maioria, pode dispor ou consentir que um homem seja punido sem que haja cometido algum fato proibido, ou por ter cometido atos inofensivos, ou meramente cogitados ou sem culpa; e um cidadão, sobretudo se dissidente ou marginalizado, não está minimamente coberto de garantia, pelo fato de que a decisão de condená-lo esteja de acordo com o consenso unânime de seus concidadãos, sem que tenha sido demonstrada a prova de sua culpabilidade em um juízo desenvolvido sob contraditório e com sua defesa.⁹ As garantias penais e processuais, como dissemos outras vezes, não podem ser mais que um sistema de vedações legais inderrogáveis: vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outro modo, sancionar, *sem que* concorram as condições estabelecidas pela lei para tutela dos cidadãos contra os arbítrios. Vedações análogas, de resto, garantem os direitos de liberdade não somente contra os poderes estatais, mas também contra os poderes privados, não lhes consentido a privação nem mesmo com o consentimento de seus titulares. Nem ainda por contrato um homem pode ser obrigado a privar-se da vida ou das liberdades fundamentais, reconhecidas a cada um como direitos “personalíssimos”.¹⁰ Além de *invioláveis* ou *inderrogáveis*, estes direitos são também *indisponíveis* e *inalienáveis*: e é precisamente isso, como melhor diremos no parágrafo 60.2, que os distingue de qualquer outro tipo de direito, em particular do direito de propriedade e dos outros direitos patrimoniais, que não são invioláveis enquanto não são, obviamente, inalienáveis.¹¹

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos já recordados à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares.¹² Diferentemente dos direitos de liberdade, que são *direitos de* (ou *faculdade de* comportamentos próprios) a que correspondem a *vedações* (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar “sociais” ou também “materiais”, são *direitos a* (ou *expectativas de* comportamentos alheios) que devem corresponder a *obrigações* (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de “Estado de direito” deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações *negativas* para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como *Estado de direito liberal*; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações *positivas* para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como *Estado de direito social*.

Esta dicotomia entre *garantias liberais negativas* e *garantias sociais positivas*, e correlativamente entre os dois tipos de normas de direito público – *negativa e positiva* –, pelas quais são estabelecidas, me parece exprimir a diferença entre Estado liberal e Estado socialista na maneira mais apropriada, porquanto não se façam outras distinções a tal fim elaboradas: como aquela de Friedrich Hayek entre norma de conduta e norma de organização, ou aquela de Herbert Hart entre normas primárias que impõem obrigações e normas secundárias que conferem poderes.¹³ Tal diferença reside, precisamente, não já na diversa estrutura das normas em geral, mas somente naquela das normas de direito público que disciplinam a atividade do Estado, e que chamarei “secundárias”, e as respectivas a todas as demais, que chamarei “primárias”.¹⁴ Podemos, por tais motivos, caracterizar o *Estado liberal* como um Estado limitado por *normas secundárias negativas*, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o *Estado social*, ou *socialista*,¹⁵ como

um Estado vinculado por *normas secundárias positivas*, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da *incorporação limitativa* de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, repitamos, equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Muda, porém, profundamente, a estrutura normativa do poder estatal, não (mais somente) limitado negativamente por vedações legais de impedir os “direitos de”, mas (também) funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer “direitos a”. E muda ainda a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem. Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições *naturais* ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral; as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador.

Obviamente os dois tipos de garantias e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social,¹⁶ nem tampouco se implicam reciprocamente, como ao contrário imaginaram algumas utopias anarquistas ou marxistas-leninistas com base na idéia de qualquer nexó indissolúvel entre perfeita igualdade e plena liberdade. Os dois modelos são, todavia, logicamente independentes: podem ocorrer (e historicamente assim ocorreram) Estados liberais profundamente anti-sociais, como o foram aqueles paleocapitalistas do século passado; Estados sociais profundamente antiliberais, como são aqueles do socialismo real; Estados ao mesmo tempo antiliberais e anti-sociais, como as muitas ditaduras fascistas do primeiro e do terceiro mundo que afligiram o nosso século; e, por fim, Estados ao menos normativamente tanto liberais como sociais enquanto enunciam e garantem seja os direitos fundamentais a prestações negativas que aqueles, igualmente fundamentais, a prestações positivas também.

A enunciação constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas da parte do Estado, todavia, não foi acompanhada pela elaboração de adequadas *garantias sociais* ou *positivas*, isto é, de técnicas de defesa e possibilidade de serem deduzidas em juízo comparáveis àquelas apresentadas pelas garantias liberais para a tutela dos direitos de liberdade. As prestações positivas do Estado em benefício dos cidadãos têm tido certamente um enorme desenvolvimento de fato, com o crescimento neste século do *Welfare State* e a multiplicação das funções públicas de tipo econômico e social. Mas tal desenvolvimento surgiu em grande parte com o simples alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos, o jogo sem regulação dos grupos de pressão e das clientelas, a proliferação das discriminações e dos privilégios, bem como das sedes extralegais, não controladas e ocultas dos poderes público e parapúblico.¹⁷ Não foi ainda, em suma, nem teorizado nem realizado um Estado social de direito, isto é, caracterizado – antes que por concessões – por obrigações taxativamente estabelecidas e sancionadas, de direitos claramente definidos e acionáveis com res-

peito aos órgãos públicos exatamente individualizados, e portanto, pela certeza, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas.

Voltarei mais adiante a falar sobre esta carência. Aqui basta dizer que no plano teórico esta é dependente do alheamento político e cultural do pensamento liberal às novas figuras de direitos sociais, amadurecidas no campo socialista, e do não menor alheamento do pensamento socialista das categorias garantistas do Estado de direito, elaboradas no campo liberal. Sob o plano prático foram levadas a efeito, além da resistência dos aparatos e de sua vocação absolutista, dificuldades objetivas seguramente superiores àquelas encontradas pelo Estado liberal. Em primeiro lugar, enquanto as garantias liberais requerem do Estado prestações negativas consistentes em um não fazer e, conseqüentemente, de per si, nada custam, as garantias sociais requerem do Estado prestações positivas e têm, por conseqüência, um custo econômico, que não maior para a coletividade do que o sustentado pelo Estado social burocrático ou paternalista. Em segundo lugar, enquanto os "direitos de" refletem o esquema da *facultas agendi*, os "direitos a" refletem o esquema da *pretensão*; assim os primeiros são situações, por assim dizer, *ativas*, no sentido de que são diretamente acionáveis e tuteláveis com o seu exercício imperturbável por parte de seus titulares, enquanto os outros são situações *passivas*, nos quais a satisfação requer a atividade de outros sujeitos. Em terceiro lugar, se a violação das públicas vedações postas em garantia dos "direitos de" dão lugar a *antinomias*, isto é, a normas vigentes mas inválidas, a violação das obrigações públicas postas em garantia dos "direitos a" dá lugar a *lacunas*, isto é, à falta de normas: e, se uma antinomia pode ser resolvida com a anulação ou a reforma da norma inválida, uma lacuna pode ser apenas colmatada por meio de uma atividade normativa nem sempre facilmente coercível ou sub-rogável.

4. Democracia formal e democracia substancial. O garantismo como base da democracia substancial

O Estado de direito, como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metaregras em relação às regras mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social de direito é aquela a qual *nem sobre tudo se pode não decidir*, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessarem à maioria. Apenas sobre todo o resto vale a regra da democracia política segundo a qual se deve decidir por maioria, direta ou indireta, dos cidadãos.

E todavia, em um sentido não formal e político, mas substancial e social de "democracia", o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de *todos*. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. Nem há diferença, sob tal aspecto, entre direitos de liberdade e direitos sociais, mesmo os direitos sociais, como está sempre mais evidente nos países ricos, nos quais a

pobreza tende a se tornar uma condição de minoria, são direitos individuais virtualmente contrários à vontade e ao interesse da maioria.

Tudo isto justifica, a meu ver, uma redefinição do conceito de "democracia". Chamei *democracia substancial* ou *social* o "Estado de direito" dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e *democracia formal* ou *política* o "Estado político representativo", isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. *Substancial*, relativamente àquelas *formais* da democracia política, podem ser ainda consideradas as normas secundárias que as enunciam, as quais, diferentemente das normas sobre "quem" e sobre "como" se deve decidir, que referem-se às fontes e às formas de produção de normas primárias, referem-se a "o que" se deve e não se deve decidir, e por isso aos seus conteúdos substanciais. E *sociais* relativamente àquelas *políticas* em matéria de representação, podem ser consideradas as suas funções: enquanto o Estado representativo consente que a soberania resida no povo, e que portanto o seu exercício seja legítimo enquanto represente a vontade da maioria, o Estado de direito requer que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos voltados à satisfação dos interesses primários de todos, e sejam, outrossim, legítimas enquanto concretamente tutelam e realizam tais interesses. Sob o plano lógico, os dois modelos de democracia são obviamente independentes, sendo entre eles independentes os sistemas de garantias constitucionais com vistas a assegurar-lhes, de um lado, as regras idôneas a permitir, segundo os esquemas formais da *mera legalidade*, a manifestação, direta ou indireta, da vontade da maioria e, de outro, as regras idôneas a vincular, segundo os esquemas substanciais da *estrita legalidade*, os objetos que devem ou não ser matéria de decisões, qualquer que seja o sujeito que decide e qualquer que seja a sua vontade. Mas é ainda claro, sob o plano axiológico, que a democracia substancial incorpora valores mais importantes, e de tal maneira prejudiciais à formal. Nenhuma maioria, se tem dito, pode decidir a condenação de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um sujeito ou de um grupo minoritário; e nem mesmo pode não decidir pelas medidas necessárias para que a um cidadão sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência. O princípio da democracia política, relativo a *quem* decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos ao *que não é lícito decidir* e ao *que não é lícito não decidir*.

Se isto é verdade, a expansão da democracia, após a conquista política do sufrágio universal, poderá ocorrer não só com a multiplicação das sedes não políticas nas quais vêm democratizado formalmente o "quem" e o "como" das decisões¹⁸ mas, mais ainda, com a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes — democráticos e burocráticos, públicos e privados — para a tutela substancial de sempre novos direitos vitais, junto com a elaboração de novas técnicas garantistas idôneas a assegurar-lhes uma maior efetividade. Como veremos no parágrafo 60, a noção de "bem" ou "direito vital" é histórica e não natural, ético-valorativa e não empírico-descritiva. A área que se respira não foi nunca no passado um bem jurídico ou um direito, porque nunca foi ameaçada; mas está se tornando hoje com os perigos de guerra atômica, de poluição radioativa e de outras catástrofes artificiais. Se durante a era liberal foram considerados vitais apenas os direitos à vida e à liberdade, e neste século os direitos a um lar, ao trabalho, à educação etc., hoje o elenco dos bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida.

Um projeto de democracia social é, portanto, formado por todos aqueles elementos com os quais se faz um Estado social de direito: este consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da

garantia da liberdade!

Tema: Direitos Fundamentais
e Liberdade.

liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes. Com uma fórmula sumária podemos representar um semelhante ordenamento como *Estado liberal mínimo* e ao mesmo tempo como *Estado social máximo*: Estado (e direito) mínimo na esfera penal, graças à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las. Inútil dizer que um similar projeto requer do sistema político um aumento de *complexidade institucional*, e não, ~~decerto~~, uma simplificação, ou pior, uma extinção do Estado como desejariam, ao invés, as utopias delirantes da tradição anárquica e do marxismo-leninismo; e correlativamente exige, da ciência do direito, uma *imaginação jurídica* não menor do que aquela expressa pelo pensamento reformador iluminista em matéria de direitos de liberdade. Ainda que assim seja, porque as garantias dos “direitos a”, ou “materiais” ou “sociais”, a diferença daqueles “direitos de liberdade” requerem a elaboração, mais do que de técnicas negativas de invalidação, de mecanismos positivos de fornecimento e de controle das prestações aptas a satisfazê-las.

5. A aporia da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de direito

É claro, diante do que ficou dito até agora, que quanto mais um ordenamento expande os direitos e garantias com a incorporação de deveres públicos, tanto maior pode ser a diversificação entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor, entre dever ser e ser do direito. É de fato na natureza deontica dos deveres, não importa se impostos aos poderes públicos, que há a possibilidade de serem violados. E é na natureza deontica dos valores que há a impossibilidade absoluta de serem inteiramente realizados. A enunciação dos direitos fundamentais, como de resto o princípio da igualdade e, por outro lado, da representação, equivale à estipulação de valores. E contém, por isso, um elemento de utopia, sendo a *utopia* um aspecto integrante da noção de *valor*: no sentido de que é próprio dos valores o fato de não serem nunca realizáveis perfeitamente ou de vez por todas, de admitirem sempre uma satisfação apenas imperfeita, isto é, parcial, relativa e contingente. Precisamente por isto os valores são *universais e imperecíveis*.

Segue-se uma latente e estrutural *ilegitimidade jurídica* do Estado de direito, devida à ambição das promessas formuladas nos seus níveis normativos superiores e não mantidas em seus níveis inferiores. Esta ilegitimidade pode alcançar formas patológicas, quando as normas de nível superior são de todo inefetivas. Mas também nos ordenamentos mais perfeitos existe sempre uma margem talvez estreita, mas irredutível, de ilegitimidade do poder baseado na vontade, sobre direitos e sobre interesses populares, dado que aquela vontade, aqueles direitos e aqueles interesses não são nunca realizados e garantidos inteiramente. É uma aporia insuprimível de todo o Estado de direito, desconhecida do Estado absoluto, onde não há promessas ou deveres que vinculam juridicamente os poderes públicos, e onde validade e vigor coincidem. Isto aflige o *Estado de direito liberal*, onde as *antinomias*, ou violações por comissão, dão lugar às diferenças entre normatividade e efetividade, que, no que toca ao direito penal, estão ilustradas neste livro; e aflige ainda mais o *Estado de direito social*, onde as *lacunas*, ou violações por omissão, são a tal ponto vistosas a fazer semelhantes os hodiernos Estados sociais de tipo assistenciais e clientelistas, mais ao *Wohlfahrtsstaat* paternalista do despotismo esclarecido do que aos

Relativo inefetividade = Relativo ilegitimidade
Estado de Direito

A (convenção de) representação tem a justificação liberal

sistemas jurídicos de garantias. À diferença dos Estados absolutos, dotados de uma estrutura normativa elementar, nos Estados de direito antinomias e lacunas são, ao contrário, um fenômeno estrutural, tanto mais relevante quanto complexos são os desníveis entre as diversas atividades normativas. Por isso, diante do problema da não efetividade e da conseqüente ilegitimidade no Estado de direito, é sempre uma solução regressiva a procura da coerência mediante interpretações restritivas das normas de nível superior, para torná-las compatíveis com as de nível inferior, ou pior, por meio de reformas da assim dita “constituição formal”, para adequá-las à assim chamada “constituição material”;¹⁹ enquanto é sempre progressiva, ainda que ao custo de ver crescer as incoerências do ordenamento, toda interpretação extensiva dos valores constitucionais, ou melhor ainda, toda reformulação normativa em termos mais ricos e vinculantes.

O progresso do Estado de direito e da democracia substancial, difícil e fatigante, consiste, obviamente, bem mais que no crescimento das promessas, no desenvolvimento de garantias capazes de realizá-las. Posto isso, a divergência criada entre dever ser e ser faz parte da imperfeição do mundo; tal realização é sempre imperfeita. Mas esta divergência é ainda a principal força oferecida – ao menos no plano jurídico – aos titulares dos direitos proclamados mas insatisfeitos: à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes podem, graças precisamente às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidar-lhes as ações ou as omissões, vinculá-los às prestações correspondentes. Neste sentido, o Estado de direito é caracterizado como um modelo de ordenamento que consente não tanto a legitimação, mas sobretudo a perda da legitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos e das normas por este produzidas ou não produzidas. A análise das formas desta perda da legitimação constitui um dos principais problemas teóricos de uma ciência jurídica garantista. E isto remete ao nosso segundo significado de “garantismo”, ao qual é dedicado o próximo parágrafo.

58. B) UMA TEORIA DO DIREITO. O DIREITO ILEGÍTIMO

1. Garantismo e positivismo jurídico

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito, tal não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico. Este horizonte vem se delineando, por sua vez, entre experiência jurídica e política moderna. Modernas, mais exatamente, são, por um lado, a *forma estatal do direito* e, por outro, a *forma jurídica do Estado*. Foi precisamente na Idade Moderna, com a formação dos Estados nacionais e com o desenvolvimento das *codificações*, que se afirmou a forma e o monopólio estatal da produção jurídica, ou seja, o princípio de que são jurídicas todas e somente as normas produzidas pelo Estado. E foi, logo então, sucessiva às declarações setecentistas dos direitos e depois aos estatutos e às *constituições* que se seguiram ao longo de todo o século passado, a afirmação da forma e da legitimação jurídica do Estado, ou seja, da sujeição à lei de todos os poderes públicos segundo as formas supra-analisadas do “Estado de direito”.

Provavelmente não houve, na História, nenhuma revolução “político-institucional” tão radical. Para compreender-lhe o alcance basta recordar a oposta natureza da experiência jurídica pré-moderna. O direito pré-moderno – do direito romano ao direito comum europeu – foi, como é patente, um direito não legislativo, mas jurisprudencial e doutrinário. Existiam, obviamente, ainda no direito pré-moderno, fontes estatutárias que regulavam aspectos singulares ou setores da vida civil. Todavia, tais fontes não eram organiza-

das entre sistemas unitários, exaustivos, e menos ainda exclusivos, à vista das fontes ou sistemas de fontes com estas concorrentes. A consequência foi uma pluralidade de fontes e de ordenamentos coexistentes e às vezes conflitantes – igreja, império, feudos, municipalidades, corporações e similares – e por isso a confusão, a incerteza e sobretudo a não compleição e a incoerência do direito estatutário. Diversas fontes em contradição entre si, algumas de incerta validade e nenhuma de exclusiva e exaustiva, equivalem à falta de um sistema formal de fontes positivas. Por isto, para além das fontes estatutárias contingentes, o direito vigente continuou essencialmente igual ao velho direito romano transmitido e robustecido pela ciência jurídica medieval. Em outras palavras, consistia, mais que em um sistema de leis, em um patrimônio doutrinário e literário. *

Isto quer dizer que não existia, antes do nascimento na Idade Moderna do monopólio estatal da produção jurídica, uma real distinção entre direito como sistema de normas “objetivo” ou “positivo” e ciência do direito. O direito, à parte as várias mas confusas fontes estatutárias, era constituído das mesmas opiniões e elaborações dos “doutores”, desde as recebidas dos jurisconsultos romanos do *Corpus iuris* até a dos sucessivos juristas do direito comum e do direito canônico; e o seu princípio de legitimação não era a fórmula juspositivista *auctoritas, non veritas facit legem*, mas a oposta, jusnaturalista, *veritas, non auctoritas facit legem*. Não se compreenderia a persistente vitalidade epistemológica do jusnaturalismo na cultura filosófica e jurídica ainda do século passado se não se levasse em conta este horizonte institucional da experiência jurídica pré-moderna. Na falta de um sistema formalizado de fontes positivas, a fonte de legitimação do direito e o objeto da ciência jurídica não era o direito *positum* de uma qualquer *auctoritas*, mas precisamente a sua *veritas* ou *natura*: ou seja, diretamente a justiça ou o direito *natural*, imediatamente extraídos, por meio da razão e da cognição, da ciência ou do saber jurídico.

É claro que, no que diz respeito a esta experiência, a positivação ou estatização do direito representou um enorme progresso, seja no plano jurídico e político, seja naquele epistemológico. A natureza jurisprudencial e doutrinária do direito válido e a sua identificação com o direito natural ou com a justiça se resolveram de fato, não obstante a aparente racionalidade, em uma total incerteza e arbitrariedade do direito vigente. A novidade do direito moderno não está tanto nos conteúdos (extraordinariamente similares, em particular no direito privado, àqueles romanos), mas, sobretudo, na forma “legal”, ou “convencional”, ou “artificial”, ou ainda “positiva” do direito vigente consequente das alteradas fontes de legitimação: não mais a *veritas*, mas precisamente a *auctoritas*. E assim, se de um lado comporta a separação do direito positivo da moral e da política, de outro comporta a separação entre ciência do direito e o próprio direito, que pela primeira vez se torna autônomo como “objeto” ou “universo” empírico relativamente independente da atividade dos juristas. Sob ambos os aspectos, o *princípio da legalidade* vem a configurar-se como o princípio constitutivo da experiência jurídica moderna: enquanto fonte de legitimação das normas jurídicas vigentes e, por outro lado, daquelas válidas, este é precisamente constitutivo do *moderno direito* positivo e juntamente do moderno Estado de direito; enquanto princípio de reconhecimento das mesmas normas como empiricamente dadas ou positivas, este é constitutivo da *moderna ciência do direito* como disciplina empírica ou positiva, da qual vale determinar e simultaneamente circunscrever o objeto. *Declaro (veritas)*

Mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um *postulado jurídico* do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio. Pode-se até afirmar, com paradoxo aparente, que a *

idéia da legalidade como fonte exclusiva e exaustiva do direito positivo nasce propriamente como uma instância jusnaturalista de racionalidade e de justiça. Em dois sentidos, que depois correspondem aos dois modelos de legalidade (lata ou estrita) e de legitimação (formal e substancial) nos quais o princípio foi aqui articulado: de um lado, no sentido de que a (mera) legalidade, como fonte (formal) de vigor das normas jurídicas, é uma garantia de certeza e também de liberdade contra os poderes de outro modo desregulados; por outro, no sentido de que a (estrita) legalidade, como fonte (substancial) da validade das mesmas normas, representa uma técnica de positivação e de estabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos, idônea a tornar funcional a sua tutela e a satisfazer o “artifício” estatal de outro modo “absoluto”.

Entendido como princípio de reconhecimento das normas jurídicas, o princípio da legalidade constitui, ao invés, um *postulado metacientífico* da ciência jurídica, sob o qual se baseia a possibilidade de seu controle empírico e intersubjetivo. À diferença da experiência jurídica pré-moderna, onde, na falta de um sistema de fontes exclusivas e exaustivas, o direito se identificava em grande parte com as opiniões dos juristas, que tinham, por sua vez, um caráter imediatamente normativo, na experiência jurídica moderna o princípio da legalidade, consentindo em reconhecer todas, e somente, as normas jurídicas positivas, torna possível uma ciência jurídica, ao menos em princípio, descritiva de um mundo positivo de normas separadas de si mesma. Precisamente como mostrei nos parágrafos 28.1 e 28.2, o princípio de mera legalidade constitui uma condição necessária de uma tal ciência, de que vale circunscrever o universo-objeto (positivo, ou existente) mediante a identificação de todas e somente as normas a ele pertencentes; o princípio de estrita legalidade, à medida sempre imperfeita em que é satisfeito, constitui, outrossim, uma condição suficiente, sendo apto a dotar as normas de denotação taxativa e, por isso, a consentir, seja apenas aproximadamente, o uso dos vocábulos “verdadeiro” ou “falso” a propósito das assertivas sobre o direito. Incidentalmente, posto que a enumeração exaustiva é um conteúdo somente de estrita legalidade penal, apenas no direito penal vem postulada, por uma opção garantista, a instância de uma ciência jurídica o mais rigorosa possível. Em todos os casos, graças ao princípio da legalidade, as normas se objetivam como *atos* empíricos separados do jurista e dos objetos de sua interpretação. Só que estes fatos são sempre fatos normativos e linguísticos, reguladores e regulados juridicamente. E é próprio desta ambivalência que nasçam os problemas metatéticos e teóricos mais espinhosos de uma teoria geral do garantismo.

2. Juspositivismo dogmático e juspositivismo crítico. A crítica jurídica do direito vigente inválido

“Direito como norma” e “direito como fato” são as divisas contrapostas das duas principais orientações – o normativismo e o realismo –, nas quais se divide a teoria do direito contemporânea. Na realidade, como mostrei no parágrafo 26, norma e fato, normatividade e efetividade são mais bem concebidas como os dois pontos de vista, parciais e complementares, dos quais pode ser visto cada fenômeno jurídico normativo. Cada um destes – ao menos nos ordenamentos minimamente complexos, e tipicamente naqueles próprios do Estado de direito – é ao mesmo tempo norma, relativamente aos fatos (também normativos) que ele regula, e fato (mesmo se normativo), relativamente às normas que o regulam. Consequentemente, como se disse, “direito vigente” não coincide com “direito válido”: é vigente, ainda que inválida, uma norma efetiva que não obtempera todas as normas que regulam a sua pro-

dução. Nem coincide, de outra parte, com “direito *efetivo*”: é vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida não obtemperada pelas normas às quais regula a produção.

Chamo de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade: sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas, sejam os ordenamentos realistas, que assumem como vigentes apenas as normas efetivas. Ambas as orientações são a meu ver *ideológicas* nos dois sentidos ilustrados nos parágrafos 15.2 e 23.1: a primeira, porque se limita a contemplar o direito válido deixando de lado a possibilidade de sua não efetividade; a segunda, porque se limita a registrar o direito efetivo, deixando de lado sua possível invalidade. Além de dar lugar às aporias das quais falei no parágrafo 26, tais orientações têm, por isso, o defeito de precluírem-se, por sua unilateralidade, uma a análise e a crítica da não efetividade das normas válidas (meramente aceitas como vigentes) e da efetividade das normas inválidas (transcuradas como não vigentes), e, a outra a análise e a crítica da invalidade das normas efetivas (meramente aceitas como vigentes) e da validade das normas não efetivas (transcuradas como não vigentes). Precisamente, uma abordagem exclusivamente normativa, limitando-se à análise (do significado) das normas, permite apenas descrever o “dever ser” normativo dos fenômenos jurídicos regulados, e não também o seu “ser” efetivo. Inversamente, uma abordagem exclusivamente realista, limitando-se à observação daquilo que ocorre de fato, consente apenas descrever os fenômenos jurídicos como efetivamente “são”, e não como normativamente “devam ser”. Em ambos os casos resultam favorecidos modelos unidimensionais de ciência jurídica: no primeiro caso a contemplação acrítica e edificante da imagem legal (mas desafortunadamente irreal), que, com suas normas, um sistema jurídico dá de si mesmo e a sua identificação com o “ser” do direito; no segundo caso, o registro acrítico e resignado dos seus modos de funcionamento reais (mas desafortunadamente ilegais) e a sua troca com o “dever ser” do direito. O êxito comum é a legitimação ideológica do direito inválido vigente: ou porque ignorado como não vigente, ou porque acreditado como válido.

Uma teoria garantista do direito – não somente penal – parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade.²⁰ Esta distinção, como se viu a seu tempo, é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de direito, caracterizada: a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação nas normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento.

É esta tendente e irredutível ilegitimidade dos poderes o tema privilegiado da pesquisa de uma teoria de direito de impositação garantista: que, por conseguinte, se configura principalmente como *crítica do direito* positivo vigente, não meramente externa, ou política, ou *de iure condendo*, mas interna, ou jurídica, ou *de iure condito*, porque voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade. Tal orientação, que bem podemos chamar “jus-

→ *Teoria dos poderes: que se trata de um poder de imposição garantista*

positivismo crítico”, se reflete no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente.

3. Dois dogmas do juspositivismo dogmático: a obrigação de o juiz aplicar a lei e a possibilidade de valoração da ciência jurídica

O primeiro deste dois dogmas consiste na afirmação, que de Bentham até Kelsen forma o postulado teórico do juspositivismo, da existência de uma obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes.²¹ Depois do que foi dito até agora, é evidente que esta tese, ao menos nos Estados de direito dotados de Constituição rígida, não é de todo verdadeira: quando as leis vigentes são suspeitas de invalidade, não existe nem sequer para os juízes – aliás menos ainda para os juristas – uma obrigação jurídica de aplicá-las.

O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser portanto aplicada mediante providências válidas relativamente a ela.²² Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz a considere inválida. Em tal caso dever-se-ia mesmo dizer que estes *devem* não aplicá-la, se não se tratasse de um dever puramente potestativo, isto é, dependente do juízo de invalidade por ele mesmo operado. Em todo caso, já que os juízes têm o poder de interpretar as leis e de suspender-lhes a aplicação se as consideram inválidas por contraste à Constituição, não se pode dizer, a rigor, que tenham a obrigação jurídica de aplicá-las.²³ Que então uma lei tenha sido sempre aplicada quer dizer somente que é efetiva, e não também que é válida, dado que a validade e a invalidade são qualificações jurídicas de todo independentes do fato da aplicação. Nem sequer é relevante que ela não tenha nunca estado sob suspeita de invalidade, nem que tenha sido declarada válida em precedentes ocasiões: a invalidade não está, de fato, sujeita a prescrições, mas pode ser objetada e declarada em qualquer momento; e a validade não é nunca reconhecida de uma vez por todas. É bem verdade que a não validade de uma lei deve ser reconhecida e declarada por uma autoridade, normalmente diversa do juiz chamado a aplicá-la, como é, por exemplo, em nosso ordenamento, a Corte Constitucional. Isto equivale a uma presunção de validade, que por óbvios motivos de certeza e funcionalidade assiste cada lei vigente, permitindo que seja aplicada validamente; mas esta presunção é apenas relativa, e basta, para superá-la, a valoração crítica do juiz, que em vez de aplicá-la objeta sua validade.

O segundo dogma, conexo ao primeiro, refere-se à atitude do jurista e à função da ciência jurídica no tocante ao direito positivo. Uma idéia que é comum às doutrinas juspositivistas é a do caráter avalorativo da ciência jurídica e da não possibilidade de crítica a partir do seu interior – mas apenas do exterior; e em sede moral e política – das leis vigentes. Sobre esta base Kelsen configura a teoria do direito como “pura”, isto é, isenta de “juízos subjetivos de valor”;²⁴ e Bobbio critica como jusnaturalista toda a subordinação dos juízos de validade a juízos de valor.²⁵ É claro que estas teses são sacrossantas se se reduzem às – enunciadas no parágrafo 15 – da separação entre direito e moral, ou entre juízo de validade e juízo de justiça: indubitavelmente é vedado ao jurista, em sede científica, valorar as normas jurídicas do exterior e condicionar-lhes o juízo de sua validade a valorações ético-políticas, ou ainda, de qualquer maneira, extrajurídicas. Na sua formulação usual, como melhor se verá no parágrafo 61.3, elas são, entretanto, desviantes. Confundindo-se com a tese da avaloração da ciência jurídica, vedam ao jurista a valoração e a crítica do direito vigente não só do

ponto de vista externo ou político da justiça mas ainda do ponto de vista interno ou jurídico da validade. Ao invés, é tarefa – não só civil e política, mas antes científica – do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores.

4. Juízos sobre vigor e juízos sobre validade. Duas aporias teóricas: a possibilidade de valoração e a discricionariedade dos juízos de validade

A crítica dos dois dogmas resulta talvez mais clara quando se analisa a estrutura dos juízos de validade. Ao menos nos ordenamentos complexos próprios dos Estados de direito, estes juízos diferem dos juízos sobre o vigor das normas, requerendo, relativamente a estes, o acerto de condições ulteriores e de diversa natureza. Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do *ato normativo*, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu *significado*.²⁶ Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior. Todavia, enquanto as condições formais de vigor consistem em adimplementos de *fato*, na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma por ele ditada não vem à existência, as condições substanciais da validade, e exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos *valores* – como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos – cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.

Disto resulta que enquanto a verdade (ou a falsidade) dos juízos sobre vigor é predicável com base em simples verificações empíricas ou de fato, o mesmo não se pode dizer dos juízos sobre a validade, os quais, quando consistem na valoração da conformidade ou da deformação das normas dos valores expressos pelas suas normas superiores, não são, como escreve Bobbio, juízos de fato,²⁷ mas juízos de valor, e, como tais, nem verdadeiros nem falsos. Por exemplo, não se requerer juízos de valor, mas apenas ajustes de fato, para asseverar ou negar o vigor a uma lei em que esteja em questão a aprovação da parte de uma só ou de ambas as Câmaras, ou a advinda ou omissa promulgação ou publicação, ou outras características formais similares. Enquanto é seguramente um juízo de valor – nem tanto verificável (ou falsificável) e não por acaso opinável e controverso – a tese de que as normas sobre vilipêndio contidas no Código Penal italiano são inválidas porque em contraste com os valores constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento. Obviamente, os juízos de validade ou de invalidade das normas com base nos valores incorporados pelas normas superiores podem ser mais ou menos opináveis. Seria dificilmente opinável, no nosso ordenamento, a invalidade de uma lei penal anti-racial, claramente em contraste com o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos “sem distinções de raça”. Na maior parte dos casos, contudo, os juízos de valor requeridos para sufragar a validade ou invalidade substancial das normas não são assim tão óbvios. Demonstram-no a permanente invalidação de leis precedentemente declaradas válidas e, inversamente, a resistência oposta, vez ou outra, por decênios, antes de sua anulação, pelas leis sucessivamente declaradas inválidas.

Estamos, pois, diante de uma aporia teórica, que é o reflexo da já revelada aporia jurídica da ilegitimidade potencial de todo o exercício de poder no Estado de direito, e que

se manifesta na dissociação estrutural entre juízos sobre o vigor e juízos sobre a validade das normas, assim como diante da indecisão da verdade sobre estes últimos. Nos Estados absolutos, sejam estes autocráticos ou democráticos, validade e vigor se equivalem, no sentido de que é válido, ademais de vigente “quod principi placuit”: somente as normas sobre produção de normas estão sob estes regimes que disciplinam o vigor, isto é, que definem quem é o príncipe e como se manifesta “quod principi placuit” (identidade do soberano legítimo, regra da maioria, formas das decretações ou das votações, modalidades de promulgações e similares.); e os juízos de validade se resolvem nestes em juízos de fato sobre a presença ou não dos requisitos formais que condicionam o vigor. No Estado de direito, ao invés, como se tem visto, as Constituições não se limitam a ditar as condições formais que consentem reconhecer o vigor “quod principi placuit”, mas estabelecem ainda o que ao príncipe não deve desagradar (ou agradar), isto é, os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzidas. “Nós não faremos nada”, diz o art. 61 da *Magna Charta*, “para que qualquer parte destas liberdades seja revogada ou diminuída. Mas se tal coisa se verificar, deverá ser considerada nula e ilegal”.

Infelizmente, a questão não é nem simples nem tanto menos automática. Para que uma lei seja considerada “nula e ilegal”, deve ela ser assim considerada por um poder possivelmente diverso daquele que a emanou. E tal juízo é, habitualmente, um juízo de valor, como tal nem verdadeiro nem falso, dado que o princípio de legitimidade constitucional das leis não pode satisfazer a regra semântica com a qual caracterizamos, no capítulo 1, o princípio de estrita legalidade das motivações judiciais e que destas requer a possibilidade de verificação jurídica e a valoração. À diferença que, nos Estados absolutos, onde os requisitos da validade dizem respeito somente às formas dos atos e podem ser ainda asseverados ou negados por meio dos juízos de fato, os parâmetros de validade incluídos na Constituição de um Estado de direito consistem de fato em valores ou, de toda maneira, em termos privados de denotação (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa, enumeração exhaustiva, materialidade e natureza de ofensividade dos crimes e similares), assim como a (verdade jurídica dos juízos de) validade das leis não é mais passível de decisão com certeza. Entende-se que resulta também excluída, quando os juízes sejam chamados a se pronunciar sobre a validade das leis, a sujeição acrítica e avalorativa das leis vigentes à sua aplicação judiciária, assim como a sua natureza de “dogmas” indiscutíveis, como objetos de especulação científica. Se se quer falar de fidelidade ou sujeição à lei, seja mesmo em sentido meramente potestativo, só se pode fazê-lo relativamente às leis constitucionais, sobre cuja base o juiz tem o dever jurídico, e o jurista tem a tarefa científica, de valorar – e eventualmente de censurar – as leis ordinárias vigentes.

5. Antinomias e lacunas irredutíveis. A crítica do direito inválido como tarefa do juiz e do jurista

Para melhor entender a aporia supra-assinalada – isto é, o caráter potestativo da sujeição do juiz à lei e àquele valorativo da ciência jurídica – retornemos por um momento ao direito penal. Conforme o que foi dito, o princípio da legalidade penal deve ser reformulado e precisado com a adição de uma condição ulterior relativamente àquela, expressa pelo princípio de mera legalidade *nullum crimen sine lege*, segundo a qual, para que um fato seja punido como delito, deve ser previsto como tal por uma lei existente. Esta circunstância, porquanto necessária, não é na verdade suficiente; e é por isso que entre os

axiomas de SG não estabeleci o princípio inverso segundo o qual, para que um fato *seja* punido como crime, basta que seja previsto como tal por uma lei *vigente*. Para que a previsão de um fato como crime por uma lei seja suficiente, de modo a fazê-lo considerar como tal também pelo juiz, ocorre, em um Estado de direito, que a lei seja, além de vigente, também válida, isto é, de acordo com suas normas superiores, seja do ponto de vista formal quanto sob aquele substancial. Apenas uma lei (por ele considerada) válida comporta a obrigação ao juiz de aplicá-la, isto é, de qualificar e punir como delito o fato por ela previsto. Disto deriva que um fato deve ser considerado um crime se, e somente se, tem como base uma lei vigente e válida, ou ainda se concorrem todas as garantias penais e processuais: que é a definição teórica e legal – isto é, descritiva, entre um Estado de direito, e não apenas prescritiva – da noção válida de “crime” formulada no parágrafo 28.3.

Mas o juízo de validade substancial das leis, se tem dito, é um juízo de valor, confinado à valoração operativa do juiz, além daquela doutrinal do jurista. Disto decorre uma outra e mais grave aporia que investe em particular no princípio de estrita legalidade. Este princípio foi definido anteriormente como uma regra semântica de linguagem legal que requer a possibilidade de verificação das teses judiciais e exclui que o juiz tenha, além de um poder de denotação e conotação, também um poder de disposição. Quando, porém, ilegitimamente tal poder do juiz é suscitado por causa de leis penais que derogam o princípio constitucional de estrita legalidade ou taxatividade, a ilegitimidade pode ser removida somente graças à atribuição, ao mesmo juiz, de um poder de reprovação sobre leis, que, por sua vez, exprimindo-se em juízos de valor, é um poder de disposição: e por isto, quanto menos um juiz é vinculado pela lei à simples denotação e conotação dos fatos por ela previstos como crimes, tanto menos ele é vinculado à Constituição para sua aplicação, e tanto mais é autorizado a censurar nelas a invalidade. Esta aporia reveste, de forma geral, toda a estrutura garantista do Estado constitucional de direito. Sabemos mesmo que a técnica garantista consiste na inclusão de valores, sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento, donde excluí-los na forma de poderes nos níveis mais baixos. Mas, uma vez incorporados nos níveis mais altos, os valores tornam valoráveis os juízos de validade sobre as normas de nível mais baixo, que são afetas aos órgãos judiciais de nível, por sua vez, mais baixo, respectivamente às normas que são chamados a aplicar. Se nos níveis mais altos não fossem incorporados valores, mas apenas o princípio formal que é válido além de vigente “*quod principi placuit*”, o juízo de validade se reduziria a uma asserção empírica, verificável e certa sobre a fonte e os procedimentos previstos para o vigor da lei; e a valoração, em tal caso, teria livre ingresso, seja na linguagem das leis, não vinculada à estrita legalidade, como naquele dos juízos, não vinculados à estrita submissão à jurisdição e validamente investidos de poder de disposição na qualificação legal dos fatos mas não também na censura das leis. Mas, visto que o Estado de direito vincula o legislador penal à enumeração exaustiva das previsões legais, excluindo os juízos de valor dos níveis mais baixos para incorporá-los exclusivamente nos níveis mais altos, deve admitir paradoxalmente um poder de disposição do juiz, se não na qualificação dos fatos como crimes, ao menos na qualificação como inválidas das leis que consentem a qualificação dispositiva dos fatos como crimes. Em suma, o poder de disposição mediante valorações livres, que no Estado absoluto é excluído para cima (as leis) e é admitido para baixo (os fatos), no Estado de direito está em via de princípio excluído para baixo, mas tanto quanto esta exclusão se torna não efetiva pela semântica da linguagem legal, deve ser admitida para o alto. Em cada caso, os valores não são exorcizáveis: expulsos pela porta, entram novamente pela janela. E, no fundo, é bom que assim seja.

Estas aporias do garantismo não têm, em realidade, nada de surpreendente. Elas dependem dos vícios de fato do sistema jurídico, que não é um mundo natural, mas um mundo artificial construído pelos homens. Precisamente, dependem da distância entre as promessas normativas e a praxe efetiva do ordenamento e, por outro lado, da articulação das técnicas garantistas elaboradas para o encurtamento de tais distâncias. Existe, com efeito, nos Estados de direito, os quais historicamente foram construídos, uma pesada viscosidade do poder ilegítimo e dos vícios que lhes distingue o exercício: das *antinomias* (ou violações consistentes em comissões), que permanecem até que resolvidas pela anulação das *normas indevidamente vigentes*; e das *lacunas* (ou violações consistentes em omissões), que permanecem até que não sejam colmadas pela emissão de *normas indevidamente não vigentes*. E esta viscosidade é agravada pelo fato de que, seja da parte das antinomias seja das lacunas, podem ser removidas, na maior parte dos ordenamentos, apenas por iniciativa dos órgãos públicos – judiciários ou legislativos – e não ainda diretamente pelos cidadãos titulares de ‘direitos de’ e de ‘direitos a’ por elas respectivamente violados.²⁸ Estes vícios e as conseqüentes aporias podem ser, entretanto, se não de todo eliminados, ao menos reduzidos com a ativação e a ampliação dos mecanismos de autocorreção do ordenamento dirigidos a assegurar efetividade dos princípios garantistas. Mas isto requer a crítica, sem prejuízo das leis, não apenas do exterior, mas antes ainda do interior. O preceito “to obey punctually, to censure freely”, com o qual Bentham definira a atitude juspositivista em relação à lei, omite a complexidade estrutural do Estado de direito e a potencial ilegitimidade das leis nele geradas por desníveis normativos;²⁹ e, por conseguinte, não valem nem para os juízes nem para os juristas, os quais não devem obedecer ou recomendar indistintamente a obediência às leis, mas valorar-lhes caso a caso a possível invalidez, censurando-a no plano jurídico ainda antes que naquele político. É de fato a *crítica do direito*, com base nas mesmas fontes de legitimação e de perda da legitimação jurídica, a principal tarefa civil da jurisprudência e da ciência jurídica. E é dessa que provém aquela permanente possibilidade de auto-reforma do ordenamento com base nos mesmos princípios, na qual reside a superioridade política do Estado de direito relativamente a qualquer outro regime jurídico.

Ficam desmentidos, sobre esta base, dois outros postulados do juspositivismo dogmático: o da *coerência* e o da *completude* do ordenamento jurídico.³⁰ Coerência e completude se configuram, no Estado de direito, não já como propriedade do direito *vigente* mas como ideais-limites de direito *válido*, que não refletem o “ser” efetivo mas apenas o “dever ser” das normas relativamente às normas superiores. Por causa dos desníveis entre normas e da configuração de cada nível como *fático* relativamente àqueles superiores e como *normativo* relativamente àqueles inferiores, não a coerência e a completude, mas sim a *incoerência* e a não *completude*, devidas às inevitáveis violações de fato das vedações legais e das obrigações normativamente impostas ao legislador, formam, em suma, as características estruturais do direito positivo vigente. A tarefa do jurista, em uma perspectiva juspositivista de tipo crítico, não é ainda aquela de sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresentá-las com uma coerência e uma completude que efetivamente não têm,³¹ mas, ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não completude mediante juízos de invalidez sobre aquelas inferiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores. É assim que a crítica do direito positivo, sob o ponto de vista do direito positivo, tem uma função descritiva das suas antinomias e das suas lacunas, e ao mesmo tempo prescritiva da sua auto-reforma, mediante invalidação das primeiras e integração das segundas.

Entretanto, não sendo tais vícios de todo elimináveis, as aporias do garantismo dão lugar a problemas teóricos e práticos complexos. Acenarei aqui, por sua importância, um só destes, que se apresenta como um dilema que divide a jurisprudência e a ciência jurídica progressistas. Em um ordenamento com Constituição rígida como é o nosso, diante de uma lei de dúbia validade, tanto o juiz quanto o jurista têm diante de si duas estradas igualmente legítimas: podem fazê-la enquadrar-se na Constituição, fornecendo-lhe interpretações que lhe reduzam o alcance normativo, mas assim legitimando-lhe a conservação, ou podem enfatizar-lhe o contraste com a Constituição, acentuando-lhe os aspectos de invalidade, mas assim avalizando-lhe, enquanto não seja a norma anulada, interpretações anticonstitucionais. Tome-se como exemplo a dubiedade de validade constitucional de que pode estar investido o art. 290 do Código Rocco sobre vilipêndio ao governo e o conseqüente problema da aplicação desta norma ao caso daquele que diz publicamente “governo ladrão”. Seguindo pela primeira via, dir-se-á que a norma é válida baseada em uma sua interpretação restritiva que exclui a sua aplicação à frase “governo ladrão”, que se entende permitida pelo princípio constitucional da liberdade de manifestação do pensamento. Pela segunda, se dirá, ao invés, que a mesma norma é inválida baseada numa interpretação extensiva que inclui a sua aplicação à mesma frase, igualmente considerada permitida pelo princípio constitucional de liberdade de pensamento. É difícil dizer qual das duas estratégias de solução da antinomia seja na prática preferível: se aquela que impede no caso concreto um provimento claramente em contraste com a Constituição, ao custo de deixar que possíveis provimentos análogos sejam tomados nos casos futuros; ou mesmo aquela que solicita a remoção da norma nos casos futuros, ao custo de avaliar-lhe nesse ínterim interpretações aberrantes nos casos concretos. Pode-se dizer, contudo, que ao menos em sede científica as duas vias não se excluem entre si. Pode-se sustentar seja que a norma sobre censura deva ser interpretada, enquanto em vigor, de maneira mais restritiva, seja que deva ser invalidada, posto que em todos os casos, e tanto mais naquele exemplificado, está em contraste com a Constituição. A única coisa que não se pode fazer, sob pena de incoerência e inconsistência científica do discurso sobre o direito, é ocultar as antinomias e as lacunas ou mesmo sustentar, por força de uma atitude dogmáticamente avaliativa e contemplativa das leis (apenas porque vigentes), a simultânea validade seja das normas que consentem, seja daquelas que proíbem um mesmo comportamento.³²

59. C) UMA FILOSOFIA DA POLÍTICA. O ESTADO-INSTRUMENTO

1. Estado-instrumento e Estado-fim: utilitarismo ou política ética

Se num primeiro de nosso três significados a palavra “garantismo” designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais, e no segundo designa uma teoria jurídica que permite a crítica e a perda da legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas, no terceiro significado designa uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Sob este terceiro aspecto, o modo pelo qual vez por outra se colocou e resolveu o problema penal é, sem dúvida, uma chave de leitura dentre as mais reveladoras de toda a história do pensamento jurídico e político. Vimos – a propósito das doutrinas sobre o es-

copo da pena, das teorias sobre o delito e das concessões do processo que respondem às questões *por que, quando e como punir, proibir e exercer a judicatura* – como o pensamento penal sempre foi dividido, historicamente base numa opção de fundo entre duas orientações opostas: a idéia de autojustificação do direito penal como valor em si ou como imediata atuação de valores ontológicos e metajurídicos, e aquela de sua heterojustificação como instrumento oneroso de tutela de interesses concretos e vitais dos cidadãos. Mostramos, ainda, como estão estas duas orientações – caracterizadas respectivamente pela confusão e separação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou moral – estão na base uma das culturas e dos modelos penais autoritários, a outra na base dos modelos e culturas penais garantistas. Esta alternativa, sendo o direito penal o lugar onde é mais elementar e direto o conflito entre Estado e cidadão ou entre autoridade e liberdade, pode ser então considerada como reflexo de uma alternativa mais generalizada: aquela entre as doutrinas políticas que fundam os sistemas políticos sobre si mesmas, justificando o direito e o Estado como *bens* ou valores intrínsecos, e as doutrinas políticas, que, ao invés, fundam as suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas, *males* necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.

Parafraseando a expressão “*autopoiesis*”, utilizada por Niklas Luhmann para designar a característica auto-referencial que ele associa aos sistemas políticos,³³ podemos chamar *autopoiéticas* as doutrinas do primeiro tipo, e *heteropoiéticas* as doutrinas do segundo. Para as doutrinas autopoiéticas, o Estado é um *fim*, e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoiéticas, ao invés, o Estado é um *meio*, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Portanto, o ponto de vista das doutrinas do primeiro tipo é unicamente aquele *interno* do Estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos, e o ponto de vista das doutrinas do segundo tipo é sobretudo aquele *externo* da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas essas mesmas com fins e valores relativamente aos quais é o Estado um meio instituído para sua tutela.

Sobre a base desta sumária distinção, podemos dizer que são *autopoiéticas* todas as doutrinas de legitimação *desde o alto*, a começar por aquelas pré-modernas, que fundam a soberania do Estado sobre identidades metafísicas e meta-históricas, como Deus, a religião, a natureza e similares. A secularização moderna dos sistemas políticos e jurídicos extirpou, ao menos nos países evoluídos, fontes tais de legitimação teológica ou natural. Rompidos os laços com os mundos transcendentais, desenvolveram-se, todavia, na Idade Moderna, doutrinas sejam idealistas sejam realistas de um Estado que fundamentalmente igualmente desde o alto sua legitimação política. As mais nefastas, por sua enorme influência exercida na história da cultura política, foram seguramente as doutrinas idealistas, nas múltiplas versões do juspositivismo ético-liberal-nacionalistas, fascistas e stalinistas – de várias formas resultantes da doutrina hegeliana do “Estado ético”.³⁴ Estas ideologias assumem o princípio da legalidade não somente como princípio jurídico interno, mas também como princípio axiológico externo, sobrepondo à legitimidade política a legalidade jurídica e conferindo às leis valor, e não apenas validade ou vigor, unicamente com base no valor associado *a priori* à sua *forma*, ou pior, à sua *fonte* (o soberano, ou a assembléia, ou o ditador, ou o partido, ou o povo, ou similares). Habitualmente além disso, se acompanham ou se confundem com concessões organicistas do Estado, idealizado como personi-

ficação da inteira sociedade e como síntese de razão, de valores e interesses sociais gerais.³⁵ A confusão entre direito e moral, entre ser e dever ser, ou entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo se associa de tal modo à confusão entre Estado e sociedade, ou pior, entre Estado e cidadãos: “Se o Estado”, escreve Hegel, “é o espírito objetivo, então só como seu membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade”.³⁶ Esta é uma solução não muito diferente daquela a que pertencem, desde outras premissas, muitas doutrinas realistas, dos teóricos da razão de Estado invocados no parágrafo 52 até à recente teoria sistêmica de Niklas Luhmann, o qual, promovendo uma reformulação do Estado como “sistema” e da sociedade como “ambiente”, postula o primado do primeiro sobre a segunda, reduzindo tudo a uma espécie de lei biológica: a necessidade do sistema de sobreviver e se desenvolver, de dominar o seu ambiente modificando-o, simplificando-o e em todos os casos rendendo-se às próprias instâncias funcionais.³⁷ Em todos os casos a perda de um ponto de vista ético-político externo, independentemente do jurídico ou interno, se resolve na negação da legitimidade ou ainda somente pela relevância de todo o autônomo ponto de vista do indivíduo e dos sujeitos sociais, e conseqüentemente em uma doutrina de ausência de limites aos poderes do Estado.

Pode-se, ao invés, considerar *heteropoiéticas* todas as teorias segundo as quais a legitimação política do direito e do Estado provém do externo ou *de baixo*, isto é, da sociedade, entendida como soma heterogênea de pessoas, de forças e de classes sociais. Dentre essas, as várias filosofias políticas utilitaristas, a começar por aquelas elaboradas pelo jusnaturalismo laico e racionalista da época do Iluminismo. Nestas doutrinas não apenas o direito penal, mas o direito em geral, é concebido como um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. O que para este é *natural* não é, com rigor, o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é *artificial* não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutelá-los ou limitá-los. Direitos “*inatos*” ou “*naturais*”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. O vício ideológico, além de metafísico, do jusnaturalismo, foi a idéia de um direito natural como entidade ontológica, no lugar de puramente ideológica. Obviamente o “direito” e os “direitos naturais” não existem: não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico.³⁸ Mas isto não tolhe nada do valor que a estes se quer associar como fundamentos externos – “naturais”, no sentido de “pré-políticos” ou “sociais” – do direito positivo e do Estado, e nem ao menos ao primado e autonomia moral e política reivindicada pelos escopos nos quais estão fundados. A idéia jusnaturalista do contrato social é sob este aspecto uma grande metáfora da democracia. O Estado, segundo o paradigma da justificação externa por esta sugerida, não é nem um fim nem um valor: é, isto sim, um produto fabricado pelos homens, “porque pela arte” – são as palavras de Hobbes – “é criado aquele grande *Leviatã* a que se chama *Estado*, ou *Cidade* [em latim *Civitas*] que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado”,³⁹ de modo que vale tanto na medida em que serve aos “homens naturais”, que de comum acordo o produziram, e nada vale nada e deve por isso ser transformado, remodelado e demolido quando se insurgem contra eles. Mais: ele é de per si um desvalor, isto é, um mal menor sujeito enquanto tal ao ônus da justificação externa e *a posteriori*.

Isto quer dizer que os seus poderes não são concebidos como “justos” apenas por quem os detém, mas sobretudo segundo *por que, quando e como* são ou não são sempre exercitados. Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não justificam politicamente a sua produção.

2. O garantismo como doutrina da fundação externa do Estado sobre os direitos vitais dos cidadãos

Caso se divida esta reinterpretação do contratualismo clássico como esquema de justificação do Estado enquanto instrumento de tutela dos ~~direitos~~ direitos fundamentais, será lícito reconhecer nele a primeira e embrionária doutrina da democracia: não apenas da *democracia política* ou *formal*, a que este funda no *consenso* dos contraentes,⁴⁰ mas também – e diria, sobretudo – da *democracia social* ou *substancial*, que este funda na *garantia* de seus direitos. Os direitos fundamentais, como ficou dito no parágrafo 57 e como melhor mostrarei no parágrafo 60, correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais: se pense no direito à vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à educação, às salvaguardas ambientais e similares. Ao mesmo tempo se prestam a receber, primeiro, na forma dos “direitos naturais” e, depois, naquela derivada dos modernos “direitos civis”, as *necessidades e interesses materiais primários* das pessoas, cuja garantia equivale à igual tutela de sua diversa identidade e ao mesmo tempo à realização, ao menos tendente, de sua igualdade substancial.

Uma tese similar pode parecer paradoxal. Frequentemente, dentro da tradição contratualista, o reporte canônico do pensamento democrático está em Rousseau e em sua doutrina da onipotência da vontade geral; enquanto o modelo lockeano (para não dizer hobbesiano) é considerado estritamente burguês e liberal. Parece-me que, ao menos no que toca ao paradigma filosófico-político da justificação do Estado, este esquema interpretativo pode ser abandonado. A doutrina da vontade geral, seja esta direta ou representativa, é uma doutrina da *democracia política*, que resolve apenas e tão somente o problema da legitimação formal de *quem decide*, isto é, da investidura democrática dos sujeitos titulares dos poderes de governo; e que, ademais, corre sempre o risco de resolvê-lo, quando tal legitimação seja assumida, como em Rousseau, como valor absoluto e exclusivo, por meio do sacrifício dos direitos e dos interesses substanciais dos cidadãos singulares.⁴¹ Ao contrário, o problema da legitimação substancial *do que é devido decidir ou não decidir* forma precisamente o objeto das doutrinas liberais-contratualistas sobre a razão e sobre os limites do Estado: aos quais se deve, de um lado, a elaboração de uma noção de “direito fundamental”, que, apesar de ser limitada somente aos direitos burgueses de liberdade e propriedade, é todavia idônea a ser utilizada por todos os direitos tidos como vitais, sejam estes liberais ou sociais, e, por isso, a servir de base para uma doutrina geral da *democracia substancial*; por outro, e correlativamente, a configuração do direito e do Estado não mais, como na tradição aristotélica e medieval, como entidades naturais quanto mais “artifícios”, ou “criaturas”, ou “invenções”, ou “convenções”,⁴² justificados unicamente pela sua função de *instrumentos* para finalidades externas identificadas com a satisfação dos direitos naturais ou fundamentais do cidadão.

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoiética do direito, separado da moral nos vários significados da tese que vai explicada

no parágrafo 15. Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.

Estes dois elementos são o exato contrário daqueles com os quais se podem caracterizar as ideologias autopoieticas e as suas vocações totalitárias. O pressuposto de todo totalitarismo é sempre uma visão finalista e otimista do poder como bom, ou, seja como for, dotado de valor ético, graças à fonte de legitimação que o detém. Vice-versa, o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo.⁴³ Acrescento que estas duas concepções de poder se acompanham habitualmente de outras duas representações opostas e simétricas da sociedade: a idéia do “poder bom” tende a associar-se àquela da “sociedade má”, enquanto a idéia do “poder mal” tende a associar-se com aquela da “sociedade boa”.⁴⁴ O otimismo e o pessimismo em ciência política parecem, de modo sumário, respectivamente, com o pessimismo e com o otimismo sociológico. E dão lugar a duas opostas configurações de relação entre poderes públicos e direitos civis.

No primeiro caso, os direitos dos cidadãos são funcionalizados por interesses públicos a eles superiores, e a tal fim limitados e disciplinados em virtude de cláusulas de invalidação por si sós indeterminadas: “os direitos civis”, estabelecia o art. 1 do Código Civil russo de 1923, “são protegidos pela lei a fim que não venham a ser exercitados em contraste com os escopos sociais e econômicos para os quais foram estabelecidos”; “qualquer um que abusa”, afirma o art. 18 da Constituição da República Federal alemã, “da liberdade de expressão do pensamento, da liberdade de imprensa, da liberdade de ensino, da liberdade de reunião, da liberdade de associação, do sigilo nas correspondências, postais e de telecomunicações, do direito de propriedade ou do direito de asilo, para combater o ordenamento fundamental democrático e liberal, perde estes direitos”; e o art. 61 da Constituição cubana estabelece: “nenhuma das liberdades reconhecidas aos cidadãos pode ser exercitada contra... a existência e os fins do Estado socialista, nem contra as decisões do povo cubano de construir o socialismo e o comunismo. A transgressão deste princípio é punível”.⁴⁵

No segundo caso, são, ao invés, os poderes, públicos e privados, que são funcionalizados à tutela dos direitos civis fundamentais, e a tal fim limitados e disciplinados: “o governo”, proclamou o art. 3 da Declaração de Direitos da Virgínia, “é ou deve ser instituído para utilidade comum, proteção e segurança do povo, da nação ou comunidade. De todos os diversos modos e formas de governo, é melhor aquele que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança”; “o escopo de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, afirmou o art. 2 da Declaração francesa de 1789; e o art. 12 acrescentou: “a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de força pública; esta força é, portanto, instituída para a vantagem de todos, e não para a utilidade particular daqueles aos quais foi confiada”.⁴⁶ Todo o pensamento contratualista e iluminista parece de resto concordar com a temática da “felicidade”, ou das “necessidades” ou do “bem-estar social”, ou mesmo da satisfação dos direitos fundamentais como finalidade e justificação heteropoietica, seja do direito, seja do Estado.⁴⁷

Podemos neste ponto caracterizar politicamente o Estado de direito como o modelo de ordenamento justificado ou fundado por escopos inteiramente externos, declarados

habitualmente de forma normativa, mas sempre incompletamente, nas suas constituições ou normas ou cartas fundamentais. Estes escopos justificativos ou fundamentais não apenas não são satisfeitos – pela divergência inevitável entre validade, vigor e efetividade de que se falou no parágrafo precedente – pela sua simples enunciação legal mas tampouco são redutíveis inteiramente – para a divergência que subsiste entre valores ético-políticos e validade – àqueles enunciados pelas normas positivas, sejam ordinárias, sejam constitucionais. A rejeição de todo o positivismo ético e, por isso, não apenas do legalismo mas também do constitucionalismo ético, exclui como ideológico o achatamento do dever ser político sobre o ser jurídico, seja apenas normativo, seja constitucional, não menos que aquele do dever ser jurídico sobre o ser efetivo do direito. O dever ser político, ou mais simplesmente, *a política* como dimensão axiológica do agir social, permanece de modo irredutível como ponto de vista externo, ou de baixo, que legitima a crítica e a troca não apenas do funcionamento de fato mas também dos modelos de direito das instituições vigentes.

3. Uma aporia política: a irredutível ilegitimidade política do poder no Estado de direito. As ideologias de legitimação

A consequência mais importante deste esquema de justificação externa é que, não sendo nunca os escopos e valores justificativos plenamente realizados, a legitimação política do poder no Estado de direito, mais ainda que sua legitimação jurídica, é sempre, por sua natureza, apenas tendente e irremediavelmente imperfeita.

Já disse nos parágrafos 12.2, 26.5 e 37.5 da irredutível ilegitimidade política do Poder Judiciário, que mesmo nos sistemas normativamente mais aperfeiçoados é sempre, em qualquer medida, poder discricionário de disposição e não apenas, como quiseram em seus modelos de justificação, poder legal de denotação e poder equitativo de compreensão. A mesma coisa se pode então dizer dos outros dois poderes do Estado democrático de direito, cuja legitimação depende da sua capacidade de exprimir e satisfazer a vontade e os interesses representados: do Poder Legislativo, cuja representatividade é sempre aproximativa e imperfeita por ausência de mandatos imperativos e pelas mediações burocráticas interpostas pelas partes que o exprimem; e do Poder Executivo, cuja representatividade é ainda mais tênue e mediata por suas amplas margens de autonomia e pela não efetividade dos controles parlamentares. O nosso esquema de justificação comporta, além disso, que a legitimação política no Estado de direito não apenas não é nunca perfeita, mas não é nem ao menos apriorística, nem global, nem permanente: não diversamente do que se viu no direito penal, esta não pode ser que *a posteriori*, parcial, contingente e relativa às funções de utilidade efetivamente asseguradas pelo Estado, ou melhor, desta ou daquela sua instituição, ou ainda melhor, deste ou daquele seu singular ato.

Esta irredutível ilegitimidade política de todos os poderes no Estado de direito é uma aporia política do garantismo, que se soma àquela, ilustrada nos dois parágrafos que precedem, da sua irredutível ilegitimidade jurídica. A par desta, tal depende da divergência estrutural entre dever ser e ser que sempre caracteriza os modelos normativos de legitimações impostas – tanto do exterior como do interior – ao exercício do poder. Diria, também, que uma irredutível ilegitimidade política é característica comum e fisiológica de todos os ordenamentos que se fundam sobre modelos de legitimação heteropoiética, ou ascendente ou descendente. Garantismo e democracia são sempre modelos normativos imperfeitamente realizados; e valem, portanto, tanto como parâmetros de legitimação, quanto como

parâmetros de perda da legitimação política. Paradoxalmente, nos regimes absolutos pré-modernos, onde a legitimação provinha do alto (Deus, nascimento, investidura soberana e similares) e se limitava à fonte de poder (“quod principi placuit”), a legitimidade – não apenas jurídica mas também política – era absoluta, perfeita, enquanto apriorística e incondicionada. Vice-versa, nos modernos Estados de direito, onde provém de baixo e do exterior, a legitimidade política é sempre relativa, condicionada e mensurável em *graus*: seja porque depende do grau de efetiva realização das funções externas que justificam os poderes (grau de representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos e dos interesses representados), seja pela imperfeição estrutural dos instrumentos institucionais a tal fim apontados (representação indireta, princípio da maioria, garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela). Por isso se deve sempre falar, a propósito dos sistemas políticos que requerem fontes de legitimação de baixo, de “democracia imperfeita”, de “liberalismo imperfeito”, de “socialismo imperfeito”, bem como, obviamente, de “garantismo imperfeito”.

Ocorreu, ao invés – nas culturas penais e, mais em geral, na cultura jurídica e política deste último século –, que as teorias liberais-democráticas, como de resto aquelas socialistas, conceberam frequentemente a si mesmas não como parâmetros, mas como fontes de legitimação absoluta dos sistemas políticos que em seus nomes eram edificados. “Democracia”, “liberalismo” e “socialismo” são conseqüentemente transmutados em *ideologias* de legitimação – no sentido normativo aqui associado a esta expressão –, onde se cambiam as funções ideais do Estado com as reais, a fonte normativa de justificação com a justificação mesma, o dever ser político com o ser jurídico, ou pior, com o ser de fato dos poderes institucionalizados. E toda vez que Estado e direito são assim idealizados e exercitados tendem a não encontrar mais o seu caráter instrumental para transmutarem-se eles mesmos em fins, ou valores, ou “substâncias éticas”⁴⁸ autojustificadas.

Esta face ética do direito e do Estado está na origem de todas as modernas perversões autoritárias: do fascismo, do stalinismo, mas, também, das tentações totalitárias que emergem recorrentemente, nos momentos de crise, nas democracias liberais. Ela não aparece na tradição jusnaturalista, nem mesmo em sua versão autoritária e absolutista, mas é uma conotação específica do totalitarismo moderno. Hobbes, por exemplo, não diria nunca, como o fez Hegel, que “o sacrifício é, para a individualidade do Estado, o comportamento substancial de todos e é, portanto, um dever universal”,⁴⁹ ou que “o Estado, de um modo geral, não é um contrato, e a sua essência substancial não é exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados: é antes a realidade superior, que reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas”.⁵⁰ E tanto menos teria subscrito a apologia hegeliana do “valor militar” como “o ato supremo em que a liberdade se abstrai de todos os seus fins” e “a mais alta autonomia do ser para si”,⁵¹ ou pior, a exaltação da “guerra” como um “meio” pelo qual a “saúde moral dos povos é assegurada”.⁵² Ao contrário, ele teorizou como fundamentais o direito do súdito à autoconservação,⁵³ a sua conseqüente faculdade de desobedecer ao soberano quando este lhe ordena de prejudicar-se a si mesmo⁵⁴ e, até mesmo, a legitimidade do medo e da covardia e o direito de fugir do perigo a que o soberano o expõe com a guerra⁵⁵ ou com a pena.⁵⁶ “Deus”, disse Hobbes, “criou o rei para o povo, e não o povo para o rei”.⁵⁷ A relação entre Estado e cidadão, que para Hobbes, teórico do Absolutismo, restava de meio a fim, se transforma radicalmente em Hegel e no totalitarismo moderno em relação de fim a meio. E o Estado-fim resulta tanto mais absoluto e incondicionado enquanto, relativamente às

velhas concepções teológicas, se tornou autônomo não apenas em bases terrenas e humanas, mas também por vínculos religiosos e metafísicos.

Como se tem visto no correr deste livro, a passagem do utilitarismo do Estado-instrumento à ética do Estado-fim assinalou uma fratura na história do pensamento penal moderno, exprimindo-se na perda progressiva do ponto de vista externo em ordem a todos os temas mais importantes do direito penal: a natureza ofensiva dos delitos e o conceito de bem jurídico, a exterioridade ou materialidade da ação, a imputabilidade e a culpabilidade, a função da pena e os modelos de processo. Mas há uma outra questão na qual esta mudança se manifestou de maneira ainda mais significativa: a da relação entre condenado e pena, que é, pois, um reflexo da questão mais geral da obediência política. Sobre este problema o pensamento penal passou de dois extremos opostos, que ainda uma vez encontramos expressos emblematicamente em Hobbes e Hegel. Hobbes, e junto dele Thomasius, afirmam que, se o soberano tem o direito de punir, o condenado tem o direito de subtrair-se à pena e “defender-se a si mesmo”, evadindo-se ou opondo resistência:⁵⁸ a autonomia do ponto de vista individual externo está neste caso salvaguardada de maneira mais rígida também contra o esquema contratualista que quer que a um poder corresponda um dever, e a um direito, uma obrigação: poder punitivo do soberano e direito de autodefesa do condenado são, de fato, situações assimétricas, irrealizáveis e em conflito entre elas. Há, depois, uma doutrina intermediária, aquela classicamente contratualista de Grócio, de Rousseau, de Vico, de Genovesi, de Beccaria, de Feuerbach, de Fichte e de Filangieri, segundo a qual o condenado tem a obrigação contratual de sujeitar-se à pena, concebida sempre como um “mal” a ele imposto coercitivamente, já que “qui delit, sua voluntate se obligasse videtur a poenae” (quem comete crime, comprometido está em ser levado à pena por sua vontade).⁵⁹ Enfim, se deve ao pensamento de Hegel a tese estatalista mais extremada, segundo a qual a pena não é um mal, mas um bem a quem a aplica, de modo que o condenado não tem apenas o dever mas além disso tem o “direito” de sujeitar-se a ela e assim se autogratificar eticamente: “A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si”, declara Hegel, “justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira de a sua liberdade existir, o seu direito”;⁶⁰ como tal “dignifica-se o criminoso como ser racional”.⁶¹ Aqui não apenas não há conflito, mas em nenhum caso mediação: o bem do indivíduo é identificado imediatamente como aquele do Estado, o seu ponto de vista externo com o jurídico interno, o seu direito individual com o poder estatal de puni-lo.

Quis recordar estas opostas concepções de relação punitiva entre Estado e cidadão porque assinalam na maneira mais límpida a alternativa entre doutrinas heteropoiéticas e doutrinas autopoiéticas, relativas não apenas ao problema filosófico dos juízos de legitimidade política sobre o direito, mas também às atitudes práticas diante desses. A questão da sujeição à pena é um aspecto, talvez o mais dramático, do problema mais geral da *obrigação política*: se tiver caráter também moral, ou apenas jurídico, a obrigação dos cidadãos de obedecer às leis e de sujeitarem-se ao direito e ao Estado, porque tais; ou mesmo se foi ilícita apenas juridicamente, ou ainda moralmente, a desobediência às leis independentemente do seu conteúdo. Pareceria evidente, após tudo o que foi dito, que a tese do caráter *também moral* do dever de obediência é solidária com teses autopoiéticas que assinalam um valor intrínseco ao direito, confundindo com este a moral, enquanto a tese do caráter *apenas jurídico* é solidária com as teses heteropoiéticas que desconhecem ao direito tal valor, separando deste a moral. O problema é, contudo, mais complexo, e toca um dos nós cruciais da filosofia política, convindo a ele retornar no parágrafo 61, no próximo capítulo.

4. Liberalismo real e socialismo real

Já tive a ocasião de observar, no fim do parágrafo 16, que a conversão da cultura penal do ponto de vista externo ao ponto de vista interno, detectada em ordem a quase todos os problemas teóricos do direito penal, é apenas o reflexo de um câmbio generalizado da cultura liberal, completada no século anterior paralelamente ao nascimento e à consolidação do Estado moderno.

Na história do pensamento jurídico liberal, digamos, podemos distinguir duas fases: a fase iluminista e revolucionária, na qual o liberalismo reivindicou, em oposição ao *Ancien Régime*, os fundamentos axiológicos externos de todo o Estado e o ônus na base da sua justificação; e a conservadora e estatal, que seguiu a queda do velho Estado absoluto e o reforço dos poderes burgueses, na qual a cultura liberal abandonou muito freqüentemente o ponto de vista externo e se colocou na defesa da nova ordem contra o advento de novas forças revolucionárias. A mudança, como se tem visto a propósito do direito penal, foi expressa em uma dúplice queda, teórica e política. No plano teórico, o liberalismo reformador foi suplantado por doutrinas abertamente estatais, que lhe foram dissolvendo a originária tensão axiológica, transmutando-o da cultura de oposição, orientada pela defesa dos direitos dos cidadãos e pela conseqüente delimitação e funcionalidade dos poderes estatais, em doutrina da legitimação e de apologia da existente finalidade à defesa e à segurança do Estado com bem supremo. No plano prático e institucional, o *liberalismo realizado* se manifestou em sistemas penais e processuais amplamente lesivos aos seus modelos teóricos garantistas e nas maciças legislações policiais em matéria de ordem pública e contra as “classes perigosas”. O advento dos vários fascismos representou, nos países de mais frágeis tradições democráticas liberais, o ponto mais baixo da queda. Mas também nas renascidas democracias a cultura jurídica manteve freqüentemente um comportamento de acrítica veneração em relação ao direito vigente (e, na Itália, largamente inalterado), que se expressou em uma espécie de legitimação democrática informado pela idéia de que tudo o que ocorre sob os céus da democracia e da Constituição é democrático e legítimo.

Algo de análogo – e de pior – ocorreu significativamente com outra grande cultura política dos nossos tempos, partida também esta de um ponto de vista radicalmente externo e de baixo, relativamente aos sistemas existentes: a cultura marxista, libertária e revolucionária, antes de ter tomado o poder, e depois transmutada em pura ideologia de legitimação dos novos Estados e poderes “socialistas”. Aqui a falência foi total porque a cultura socialista não havia desenvolvido, em nenhum caso, no plano teórico e normativo, nenhum projeto jurídico e institucional. A rejeição em bloco de todos os princípios teóricos e de todas as conquistas políticas e jurídicas da tradição liberal e a vaga utopia de um Estado bom destinado a dissolver-se a si mesmo consentiram, ao contrário, de elidir *ab origine* o problema dos limites aos poderes estatais. E isto consentiu aos *socialismos realizados* a perversão totalitária que todos conhecemos, sem, tampouco, o ônus de desmentir uma inexistente teoria jurídica. No direito penal, por exemplo, a idéia da “troca de equivalentes”, pega de empréstimo do direito civil com pouco mais que um jogo de palavras – a troca entre delito e pena, ou ainda a pena como preço do delito –, serviu para desqualificar todo o sistema de garantias jurídicas. E em todo direito público a ilusão de um poder bom, legitimado pela sua fonte, produziu, de fato, no lugar da fabulada extinção do Estado, a extinção de qualquer função garantista do direito.

De todas as divergências entre dever ser e ser ou entre normatividade e efetividade que examinamos, aquela entre doutrinas de fundação externa e ideologias de legitimação que a elas se requerem é, em suma, seguramente a mais vistosa: ao ponto que se deve falar de uma verdadeira censura entre umas e outras. Acrescento que a relativa semelhança entre os itinerários das duas grandes culturas políticas da Idade Moderna está paradoxalmente na origem das incompreensões que sempre as dividiram. Cada uma delas, justamente, redirecionou as próprias críticas às realizações históricas da outra, deduzindo-lhes, contudo, indevidamente, também a desqualificação das suas ascendências teóricas e axiológicas. Ocorreu, assim, que a cultura marxista trocou por longo tempo o liberalismo iluminista e reformador por aquele conservador, atacando o primeiro quase mais que o segundo como falsa consciência ou jogo de engano. Que é como atacar Marx sobre a base de Višynski: que realmente veio da parte oposta, através da desqualificação do marxismo teórico à luz dos socialismos reais. Naturalmente não se tratou apenas de erros metodológicos, mas também de operações propagandistas visando a encobrir os defeitos práticos de cada um dos sistemas com os de outro.

A reabilitação do *ponto de vista externo*, do qual partiram as duas culturas da transformação nas quais está dividida a filosofia política moderna, representa, a despeito disso, o pressuposto de qualquer doutrina democrática do direito e do Estado. No plano metodológico, tal comporta, antes de tudo, o reconhecimento do caráter normativo e não descritivo de qualquer doutrina política ou jurídica de fundação ou justificação externa, isto é, ancorada nos direitos e nos interesses vitais das pessoas; em segundo lugar, a análise teórica dos espaços e das condições de realização, como também das margens de não realização de toda uma doutrina; em terceiro lugar a análise empírica e a crítica política e jurídica dos concretos desvios ou afastamentos de todo o sistema relativamente às suas fontes de legitimação, sejam internas ou externas. Tem de fato, o valor de um princípio de caráter geral a tese sustentada no parágrafo 25.3, a propósito do direito penal, que estas fontes não permitem legitimação *a priori* ou absolutas, mas apenas justificações *a posteriori*, parciais, imperfeitas, contingentes e condicionadas: *a posteriori* em relação às conotações empíricas de todo um sistema; *parciais* porque relativas a normas singulares, ou institutos ou atividades de todo o ordenamento e nunca ao ordenamento no seu complexo; *imperfeitas* no sentido de que se pode falar de grau mais ou menos alto de legitimidade, mas jamais de legitimidade absoluta; *contingentes* porque ligadas a este ou àquele aspecto do passado ou do presente de cada sistema, e nunca dos seus aspectos futuros; *condicionadas* porque dependentes da força e do grau de maturidade democrática dos sujeitos sociais e de sua capacidade de controle sobre os poderes, sejam públicos, sejam privados.

NOTAS

(¹) A expressão é de Hobbes, que a usa a propósito “deste nosso homem artificial, o Estado” (*Leviatano*, cit., XXVI, p. 222), assim como das “ataduras artificiais, chamadas leis civis” (ibidem, XXI, p. 174). Cf., ainda, ibidem, p. 3.

(²) Platão, *Le leggi*, cit., liv. IV, 175d, p. 169: “Se aqui chamei *servidores das leis* aqueles que hoje se dizem governantes, não o fiz por gosto de palavras novas, mas porque estou convencido de que sobretudo disto depende a salvação ou a ruína do Estado. Onde a lei seja sem préstimos ou autoridade, naquele Estado vejo próxima a ruína; enquanto, ao invés, onde os governantes são da lei servidores, vejo florir a salvação e todos aqueles bens que os deuses concedem aos Estados”; cf., ainda, ibidem, liv. V, 729d-e, p. 188 (se recordem, todavia, os textos de *Le leggi* e de *Politica* reportados na nota 22 do capítulo 2, nos quais Platão se expressou em sentido exatamente oposto, isto é, a favor do governo dos homens contra o das leis); Aristóteles, *La politica*, cit., III, 15-16, 1286a-1287a, p. 173-179: “O ponto

de partida da pesquisa é este: se é mais conveniente ser governado pelo homem melhor ou pela lei melhor... É preferível, sem dúvida, que governem as leis mais que qualquer cidadão... Portanto, quem recomenda o governo da lei aparenta recomendar exclusivamente o governo de Deus e da razão, enquanto quem recomenda o governo de homens acresce a este também aquele da fera, porque o capricho é esta fera e a paixão perturba, quando estão no poder, mesmo os melhores homens. Por isso a lei é a razão sem paixão". A expressão "servos das leis" usada por Platão e por Aristóteles será tomada por Cícero na celebre máxima "omnes legum serui sumus uti liberi esse possumus" (*Pro cluentio*, cit., LIII). A opção pelo "governo das leis" forma, enfim, um postulado da cultura jurídica iluminista: "Nos governos despóticos", escreveu, por exemplo, Filangieri, "os homens comandam; nos governos moderados comandam as leis" (*Riflessioni*, cit., p. 378; cf., *supra*, as notas 5 e 23 do capítulo 1). Para uma mais ampla referência, cf. N. Bobbio, *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983), em *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del giuoco*, Einaudi, 1984, p. 149 e ss.

⁽³⁾ Ob. cit., p. 154 e ss. A expressão "*sub lege*", recorda Bobbio, aparece na clássica fórmula de Henri Bracton sobre a fundação jurídica da soberania: "Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub deo et sub lege quia lex facit regem" (*De legibus et consuetudinibus angliae*, cit., II, p. 33).

⁽⁴⁾ Sobre a expressão italiana *stato di diritto* (Estado de direito) e sobre as homônimas ou sinônimas de *Rechtsstaat*, *Rule of law*, *Règne de la loi* e *Séparation des pouvoirs*, reenvio a A. Baratta, *verbete Stato di diritto*, *Scienze politiche*, org. por A. Negri, 1, *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, Feltrinelli, Milano, 1970, p. 509-523.

⁽⁵⁾ Cf., por exemplo, H. Kelsen, *La teoria pura del diritto*, cit., p. 345: "Se se reconhece o Estado como ordenamento jurídico, todo Estado é um Estado de direito, e este termo torna-se pleonástico"; *ibidem*, p. 351: "todo Estado deve ser um Estado de direito, no sentido que todo Estado é um ordenamento jurídico".

⁽⁶⁾ B. Grugenberger e C. Offe, *La legittimazione della maggioranza di fronte a minoranze, gruppi di pressione e movimenti sociali*, in AA. VV., *Rappresentanza, legittimazione e minoranze. L'esperienza storico-tedesca in un contesto comparativo*, *Quanderni della Fondazione Basso*, Angeli, Milano, 1986, p. 167. Uma tese análoga está expressa por N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 16, segundo o qual "as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são propriamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenvolvimento do jogo".

⁽⁷⁾ Cf., ainda os arts. 9 e 19 da mesma Constituição, primeira parte, sobre as características ilegais e puníveis do exercício de qualquer poder público em violação de tais deveres. Sobre esta idéia de uma auto-obrigação do Estado correlativa à existência dos direitos fundamentais dos cidadãos nos seus limites – rechaçada como insensata por H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 202, e *Teoria pura*, cit., p. 317 e 344-345, como também por J. Bentham, *A fragment on government*, cit., cap. IV – se funda a estrutura normativa do Estado constitucional de direito (cf., *supra*, o parágrafo 26).

⁽⁸⁾ Neste sentido cf. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 274-278 e 318-323, onde é sustentado o caráter anti-utilitarista dos direitos fundamentais, se por "utilidade" se entende a utilidade geral: "O benefício geral não pode ser um bom motivo para limitar os direitos", por isso "não seria lícito gabar-se do respeito aos direitos individuais se tais não comportassem certo sacrifício; sacrifício este representado pela renúncia àqueles benefícios que o país receberia não levando em conta os direitos que se demonstram *ineconvenient*es" (p. 277).

⁽⁹⁾ A. Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 500: "Quanto a mim, enquanto sinto a mão do poder que me preme o pescoço, pouco me importa saber quem é que me oprime; e não estou tão disposto a reclinar a cabeça sob o jugo, pelo simples fato que isso me é apresentado por um milhão de braços".

⁽¹⁰⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XIV, p. 108: "Há alguns direitos os quais ninguém pode conceber que se possa a eles renunciar ou transferi-los com algumas palavras ou signos. E antes de tudo um homem não pode renunciar ao direito de resistir àqueles que investem com truculência, para tolher-lhe a vida, porque não se pode entender que eles visem algum bem com isso. O mesmo se pode dizer das lesões físicas, do aprisionamento, do encarceramento"; *ibidem*, XXVIII, p. 255: "Nenhum homem se supõe que seja obrigado por pacto a não resistir à violência, e por consequência não pode supor-se que ele dê aos outros um direito de colocar violentamente as mãos sobre a sua pessoa".

⁽¹¹⁾ Desta e de outras diferenças estruturais entre direito de propriedade (que é um "direito sobre" e, com isso, propriamente, um "poder") e direitos de liberdade, e o seu uso ideológico da mesma pala-

vra “direito (subjeto)” para designar um e outros, falarei mais analiticamente no parágrafo 60. Cf., ainda, a minha *Teoria assiomaticizzata del diritto*, cit., p. 99 e ss. A confusão entre propriedade e liberdade formou ainda, por último, o fundamento teórico das doutrinas liberais-conservadoras de Nozick, Friedman, Rand e de outros apologetas norte-americanos da propriedade e da liberdade de mercado. Por um balanço crítico destes endereços considerados “libertarian”, cf. P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, cit., que com feliz expressão os chama de “anarcocapitalistas” (p. 14).

⁽¹²⁾ Seria, no entanto, um erro deduzir que as Constituições setecentistas tiveram em tudo descuidado destes direitos. No título I da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 estabeleceu-se, entre as “dispositions fondamentales garanties par la constitution”, que “il sera créé et organisé un établissement général de *Secours publics*, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n’auraient pu s’en procurer. Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l’égard des parties d’enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume” (“será criado e organizado um estabelecimento geral de seguros públicos, para educar as crianças abandonadas, alojar os pobres desamparados e fornecer trabalho aos pobres aptos que não puderam procurar por ele. Será criada e organizada uma instituição pública comum a todos os cidadãos, gratuita para os ensinamentos indispensáveis para todos os homens e cujos estabelecimentos serão distribuídos gradualmente, numa proporção combinada com a divisão do reino”). A Constituição de 24 de junho de 1793, além disso, estabelecia no art. 21 que “Les secours publics sont une dette sacrée. La société la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’exister à ceux qui sont hors d’état de travailler” (“os seguros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade provê a subsistência para os cidadãos desafortunados, seja lhes procurando trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que estão fora da idade de trabalhar”); e no art. 22 que “l’instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l’instruction à la portée de tous les citoyens” (“a instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo seu poder o progresso da razão pública e levar a instrução às portas de todos os cidadãos”). À instrução pública e gratuita, enfim, a Constituição de 22 de agosto de 1795 dedicava um título inteiro (título X, arts. 296-301). Merecem por fim ser lembrados o projeto de *Déclaration* apresentado por Robespierre em 24 de abril de 1793 (que nos arts. 6-8 prescrevia limites à propriedade e no art. 11 estabelecia a obrigação de prover à subsistência de quem não tenha o necessário) e a *Déclaration solennelle des droits de l’homme dans l’état social*, apresentada em nome dos Enragés por Jean François Varlet em 13 de maio de 1793, cujos textos estão transcritos em A. Saïtta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, cit., p. 358 e 402-408.

⁽¹³⁾ F. A. Hayek, *The principles of a liberal social order, Il politico*, 1966, p. 601-618; idem, *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, 1968, p. 693-723; idem, *The constitution of liberty* (1960), trad. it. de M. Bianchi, *La società libera*, Vallecchi, Firenze, 1969, p. 151 e ss.; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 35. Para uma crítica destas distinções, e em particular da de Hayek, cf. N. Bobbio, Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto (1970), in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 123 e ss.

⁽¹⁴⁾ Esta aceção de “norma secundária” – bem diversa daquela de Hart (loc. cit.), segundo o qual são “secundárias” todas as normas que conferirem poderes (inclusive, portanto os negócios que conferirem poderes privados), enquanto são “primárias” todas aquelas que assinalam obrigações (inclusive, portanto as que prescrevem aos órgãos públicos produzir normas jurídicas) – foge à crítica movida por G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secundarie*, Giappichelli, Torino, 1967, p. 146 e ss., à noção de “norma secundária” como norma genericamente “superior” relativamente às normas de grau “inferior”. Nessas incluem-se não já as normas enquanto simplesmente “superiores”, mas enquanto disciplinam – instituindo vedações legais ou obrigações ou faculdades, do tipo procedimental ou substancial – a atividade normativa dos órgãos públicos, pouco importa se somente primária ou essa mesma secundária relativamente às outras fontes normativas.

⁽¹⁵⁾ Uso com alguma hesitação a expressão *Estado de direito socialista*, em vez da menos comprometida *Estado de direito social*, por causa dos muitos significados – do socialismo “utópico” ao “científico” de Marx, dos “socialismos reais” do Leste às sociais-democracias europeias e aos vários socialis-

mos mais ou menos reformistas – agora invocados pela palavra “socialismo” – que todavia, ao menos ao fim de uma teoria do direito, me parece utilmente passível de nova definição, como um sistema consistente na garantia daqueles que chamei de “direitos sociais” e na sua efetiva e paritária satisfação.

⁽¹⁶⁾ Além da tese formulada por Hayek nos textos citados na nota 13, pode-se recordar, entre os que sustentam esta tese da incompatibilidade de dois tipos de garantia e mais em geral entre Estado de direito e Estado social, N. Luhmann, *Il welfare state come problema politico e teorico*, in *Trasformazioni e crisi del welfare state*, org. por E. Fano, G. Marramao e S. Rodotà, De Donato, Bari, 1983, p. 349-359. Vejam-se ainda – em sustento desta tese, e mais em geral das estratégias políticas neoconservadoras que justificam prospectivas de *deregulation* e redimensionamento do Estado social com a necessidade de salvaguardar o Estado de direito – os escritos, informados pelo paradigma da *autopoiesis*, dos teóricos da “*reflexive law*” Peter Heil, Helmut Willke e Gunter Teubner, como também aqueles xerografados por Luhmann, reclamados e criticados por D. Zolo, *Autopoiesis: um paradigma conservatore* (1986), in *Complexità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 283-285.

⁽¹⁷⁾ Cf., sobre tais temas, N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile* (1980), *O futuro*, cit., p. 75-100. Veja-se ainda L. Ferrajoli–D. Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano, 1978, e L. Ferrajoli, *Stato di diritto e stato sociale*, cit.

⁽¹⁸⁾ É a direção indicada por N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta* (1978), in *Il futuro*, cit., p. 43 e ss.

⁽¹⁹⁾ A distinção entre “constituição formal” e “constituição material” foi usada originariamente para distinguir, segundo as palavras de C. Mortari, *Istituzioni di diritto pubblico* (1949), 6.ª ed., Cedam, Padova, 1962, p. 70-71, o texto da Constituição e das leis constitucionais do “princípio supremo institucional”, concretizadas no “Estado sociedade, no corpo social recolhido em uma série de concepções e fins comuns”, qual seja nos “fins institucionais em torno dos quais se organizam as forças postas, em virtude da detenção dos meios adequados para se assegurar o exercício do poder social, em uma posição de supra-ordenação”; cf., ainda, por uma noção mais ou menos do mesmo teor, idem, *Costituzione (Dottrine generali)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., XI, 1962, p. 169-178. Esta confusa noção sociológica de “constituição material” se presta em muitos casos a ser utilizada para legitimar as derrogações de fato à constituição formal e as conseqüentes propostas de reforma endereçadas à adequação desta àquelas. Parece-me, por esta razão, menos perturbador utilizar a distinção para designar a diversidade entre modelo constitucional normativo e assento constitucional efetivo, ou melhor se diga, entre dever ser (normativo) e ser (efetivo) do assento constitucional.

⁽²⁰⁾ Para um aprofundamento destas indicações metateóricas e da crítica epistemológica do normativismo e do realismo, remeto, ademais do parágrafo 26.3, ao meu *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 104 e ss.

⁽²¹⁾ J. Bentham, *A fragment*, cit., cap. IV, p. 283 e ss. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 59, 62; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 236.

⁽²²⁾ Sobre a relatividade do atributo “válido” não apenas à totalidade do ordenamento cujo preceito é predicado integrante, mas somente ao conteúdo descritivo das normas imediatamente superior, remeto ao meu *La semantica*, cit., p. 124-125.

⁽²³⁾ Segundo S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, *Mondoperaio*, 1984, n. 6/7, p. 26-28, a nossa Constituição, conferindo ao juiz poderes de expurgar a inconstitucionalidade, lhe assinalou um papel institucional de “crítico das leis”, que retroage sobre o significado do “mesmo princípio da sujeição do juiz somente a lei”: de fato, “a lei à qual o juiz está sujeito não é mais um dado textual imóvel e fixo, mas é, ao invés, uma combinação de lei ordinária e norma constitucional, que pode invalidá-la e, seja como for, a põe em tensão”.

⁽²⁴⁾ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. IX e 6 e ss.; idem, *La dottrina*, cit., p. 28 e ss. e 128-129.

⁽²⁵⁾ N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 79-82; idem, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 199-200; idem, *Jusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 106.

⁽²⁶⁾ Cf. *supra* o parágrafo 26.3.

⁽²⁷⁾ N. Bobbio, *Il positivismo*, cit., p. 196-201. Analogamente, Kelsen chama os juízos jurídicos de validade de “juízos de valor objetivo”, caracterizados pelo fato de que nessas “a existência do valor de direito é verificável objetivamente” (*Teoria*, cit., p. 48).

⁽²⁸⁾ Merece a propósito ser assinalada a recente Constituição da Nicarágua, de 09.01.1987, que nos art. 44 a 187 confere a qualquer cidadão o “recurso de amparo” por violação, por parte do Estado, de qualquer direito individual, assim como o “recurso por inconstitucionalidade de toda Lei, Decreto ou Regulamento que se oponha ao prescrito pela constituição”. [N.T.: equivalente, em direito brasileiro, *grossa modo*, ao mandado de segurança e à ação direta de inconstitucionalidade, respectivamente.]

⁽²⁹⁾ J. Bentham, *A fragment*, cit., Preface, p. 230.

⁽³⁰⁾ Veja as enunciações de H. Kelsen, *Teoria*, cit., p. 150 e 164; idem, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 204 e ss. e 364 e ss.

⁽³¹⁾ São duas das três tarefas assinaladas à ciência jurídica por Bobbio, no notável ensaio *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), in U. Sacarpelli (org.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, 1976, p. 313-319.

⁽³²⁾ É precisamente isso que faz H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 364 e ss., por causa da falta de distinção entre vigor e validade. Kelsen dedica um inteiro capítulo à tentativa de demonstrar a não contraditoriedade dos discursos científicos que admitem simultaneamente a validade de mais normas em contradição entre si. Obviamente, uma tese como esta pode sustentar-se somente enquanto “validade” é entendida num sentido formal de vigor: não há, precisamente, nenhuma contradição ao registrar o fato de que no direito vigente existem normas em contradição. Se, ao invés, “validade” é entendida, mais propriamente, no sentido de conformidade ainda que substancial de uma norma àquela que lhe é superior, é irremediavelmente contraditório dizer que duas normas em contradição estejam ambas válidas. É talvez supérfluo precisar que a epistemologia que se sustenta é válida apenas para os ordenamentos, como os Estados de direito, caracterizados pelo desnível de normas, e pelo conseqüente divergência virtual entre um nível e outro. Este nexo entre epistemologia jurídica e estrutura normativa dos ordenamentos não tem nada de estranho: assim como diversa era, na falta de um sistema formalizado de fontes positivas, a epistemologia jusnaturalista da doutrina jurídica pré-moderna relativamente àquela juspositivista, também é diversa a epistemologia garantista requerida pela presença estrutura do ordenamento em graus, que seria aquela de um Estado de direito dotado de Constituição rígida, respectivamente à epistemologia consentida por ordenamentos em um só nível normativo. Sobre esta questão remeto ao meu *La semantica*, cit., p. 115 e ss., e *La formazione dei concetti*, cit., p. 421 e ss.

⁽³³⁾ Sobre a categoria da *autopoiesis* – elaborada pelos biólogos chilenos H. R. Maturana e F. J. Varela em um escrito de 1973 para explicar as condições biológicas da sobrevivência, recuperada e aplicada como novo paradigma nas disciplinas epistemológicas e nas ciências sociais de numerosos estudiosos e em particular de N. Luhmann –, cf. E. Resta, *Stili cognitivi di legittimazione*, in R. Treves (org.), *Diritto e legittimazione*, Angeli, Milano, 1985, p. 69 e ss.; D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., p. 279-336.

⁽³⁴⁾ “O Estado”, afirma Hegel, “é a realidade em ato da Idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. No costume tem o Estado a sua existência imediata” (*Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 257, p. 208); “O Estado... é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, no qual a liberdade obtém o seu valor supremo, assim como este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever” (ibidem, par. 258, p. 201). Cf., ainda, de Hegel, as Coletâneas, idem, par. 152, p. 368; *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, cit., par. 535-541, p. 473 e ss.; idem, *Lezioni sulla filosofia della storia*, cit., p. 103-110.

⁽³⁵⁾ “É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste na individualidade pessoal, com os seus particulares... que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal” (*Lineamenti*, cit., par. 260, p. 209); “(o sentimento político é) a confiança (que pode vir a ser uma compreensão mais ou menos cultivada) e a certeza de que o meu interesse particular e o seu interesse substancial se conservam e persistem dentro do interesse dos fins de um outro (no caso, o Estado) e, portanto, dentro da sua relação comigo como indivíduo. Daí provém, precisamente, que o Estado não seja para mim algo de alheio e que, neste estado de consciência, eu seja livre” (ibidem, par. 268, p. 213).

⁽³⁶⁾ *Lineamenti*, cit., par. 258, p. 201.

⁽³⁷⁾ N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (1981), trad. it. de R. Sutter, *Teoria politica nello stato del benessere*, Angeli, Milano, 1983; cf., ainda idem, *Politische Planung* (1971), trad. it. de F. Spalla, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, p. 67-68: “Na tradicional teoria européia da sociedade política, a sociedade era considerada como um todo formado de partes, isto é, do

mesmo modo que um organismo, como uma totalidade viva formada de partes vivas. Segundo tal concepção, a vida das partes representava um momento essencial... A teoria sociológica dos sistemas sociais rompe com esta tradição enquanto considera o homem não mais como parte do sistema social, mas como ambiente problemático do sistema mesmo". Vejam-se as críticas, de ordem epistemológica e lógica, voltadas a um mesmo paradigma, em D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., p. 314-336. Transparecem de outra parte, à evidência, os valores ideológicos da nova aproximação teórica. Antes de tudo, a opção organicista, isto é, a concepção dos sistemas políticos como organismos (mesmo não vivos) onde as partes, aí compreendidos os indivíduos, são subsistemas funcionais e subordinados ao todo. Em segundo lugar, a assunção – na relação sistema/ambiente social – da prevalência do primeiro sobre o segundo: é o sistema político e não o ambiente social, o Estado e não os cidadãos, a ser hipotetizado como sujeito ativo que deve conservar-se a si mesmo às expensas da sociedade, configurada respectivamente ao primeiro como parte passiva ou, seja como for, puramente reativa. Em terceiro lugar, a constante ambiguidade desta doutrina passa continuamente das teses descritivas às teses valutativas, e, em uma última análise, axiológicas: Luhmann parece relutante a esclarecer se a sua teoria se limita a dizer como vão as coisas ou mesmo se aspira ainda a sugerir-nos como as coisas não podem não andar, ou pior, devam não andar. E acaba frequentemente por equiparar sub-repticiamente a sua descrição "científica" do mundo *como é* com a tese, não importa se otimista ou pessimista, que o mundo *não pode ser de outro modo*. Aqui é evidente a falácia naturalista. Da tese (opinativa) de que este é o mundo existente, isto é, de um juízo de fato, se deriva um juízo de valor ou, o que dá no mesmo, de necessidade: precisamente, da direita, que este é o melhor dos mundos possível; da esquerda, que este mundo, por sendo péssimo, é o único mundo possível, sendo necessário ou inevitável. É assim que o cientificismo sociológico se converte em uma nova filosofia da história e em uma nova metafísica determinista.

⁽³⁸⁾ É por esta razão ausente de sentido, se levada ao pé-da-letra, a pergunta *Are there any natural rights?*, que forma o título do belo ensaio de H. L. A. Hart, *Esistono diritti naturali?* (1955), *Contributi all'analisi del diritto*, cit., p. 82 e ss. O mesmo se diga sobre a pergunta *Há direitos fundamentais?*, com a qual é intitulado o confronto entre a tese ético-cognitivista de Giuliano Pontara e aquela anticognitivista de Norberto Bobbio, in *Rivista de Filosofia*, 18, 1980, p. 455-478.

⁽³⁹⁾ "E no qual", prossegue Hobbes, "a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; ... a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais" (*Leviatano*, cit., Introdução, p. 3).

⁽⁴⁰⁾ Cfr., sobre o ponto, N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio e M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore, Milano, 1979, p. 59 e ss.

⁽⁴¹⁾ É significativo que Rousseau seja o único dos grandes pensadores jusnaturalistas que haja concebido o contrato social como alienação ao Estado de todos os direitos, compreendendo o direito à vida, que o homem tem no estado de natureza (*Du contrat social*, cit., I, 6, p. 50-52 e 9; II, 4-5, p. 67-73): cf., sobre a questão, N. Bobbio, ob. cit., p. 68-71, o qual sublinha que tampouco Hobbes sustenta uma similar tese e recorda que, enquanto segundo Hobbes e Spinoza, os homens, entrando no Estado civil, renunciam a todos os direitos exceto um (para Hobbes o direito à vida, para Spinoza a liberdade de opinião), segundo Locke estes os conservam todos menos um (o direito de punir e de fazer justiça por si). Isto depende mesmo da conotação ética e organista associada por Rousseau à vontade geral – isto é, ao elemento formal-político de quem decide, quaisquer que sejam os conteúdos da decisão tomada – e a conseguinte confusão entre direito e moral e entre Estado e indivíduo: "(Le pacte social) se réduit aux termes suivantes: 'Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. À l'instant, au lieu de la personne particulière de chacun contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté'" ["(o pacto social) se reduz aos seguintes termos: 'cada um de nós coloca em comum sua pessoa e toda sua potência sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos em corpo cada membro como parte indivisível do todo. Àquele instante, no lugar da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto da totalidade de membros que conjuntamente tem voz, conjunto que desse mesmo ato recebe sua unidade, seu 'eu' comum, sua vida e sua vontade"'] (ob. cit., p. 51-52); "Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social

donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens... La volonté générale est toujours droite" ("como a natureza da a cada homem um poder absoluto sobre seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus... A vontade geral é sempre correta") (p. 68); "Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être; d'altérer la constitution de l'homme pour la renforcer; de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons tous reçue de la nature" ("aquele que ousa o empreendimento de instituir um povo deve se sentir em estado de mudança, por assim dizer, da natureza humana; de transformar cada indivíduo, que por si mesmo é perfeito e solitário, em parte de um todo maior, no qual este indivíduo recebe, de alguma maneira sua vida e seu ser; de alterar a constituição de homem para reforçá-la; de substituir uma existência parcial e moral por uma existência física e independente que todos recebemos da natureza") (ibidem, II, 7, p. 77).

⁽⁴²⁾ Sobre a concepção do Estado como entidade "natural" na Antiguidade clássica e em todo o período medieval cristão, em oposição àquela jusnaturalista do Estado como entidade pactuada e positiva, cf. G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno* (1930-1931), Guida, Napoli, 1985, p. 9-35 e 42 e ss.; N. Bobbio, ob. cit., p. 34-48, que recorda ainda como a idéia antiga da naturalidade do Estado foi sempre resumida, em oposição às doutrinas jusnaturalistas, pelos "escritores reacionários", como por exemplo Robert Filmer e Carl Ludwig von Haller. A caracterização do Estado como "artifício" ou "criatura" é de Hobbes, de quem se vejamos os textos citados nas notas 1 e 39. A sua qualificação como "invenção" é de J. Locke, *Seconda lettera sulla tolleranza* (1690), in *Scritti sulla tolleranza*, org. por D. Marconi, Utet, Torino, 1977, p. 253, onde são chamadas "invenções e instituições do homem" todas "as sociedades políticas, ou mesmo as sociedades civis e os governos". A definição das instituições jurídicas como "conventions" é, por outro lado, de J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., I, 4, p. 45, e em C. A. Helvétius, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Société Typographique, Londres, 1773, IX, 9, vol. II, p. 314: "Qu'est qu'un gouvernement? l'assemblage de lois ou de conventions faites entre les citoyens d'une même nation"; cf., ainda, seção X, cap. VII, vol. II, p. 418 e ss. Veja-se, por fim, a mesma ordem de idéias em C. Beccaria, ob. cit., XXVIII, p. 66 e passim. É talvez supérfluo precisar que a tese que sustenta o caráter "democrático" da justificação contratualista do Estado como artifício construído pelos homens para a tutela de seus direitos não quer dizer que os autores citados, mais do que nunca Hobbes, sejam escritores "democráticos"; e tampouco significa transcurar a forte conotação privatista e mercantilista pela maior parte deles associada à noção de "liberdade" e de "direitos naturais" (sobre as quais retornarei no parágrafo 60.3, a propósito da construção jusnaturalista da noção de "direito subjetivo").

⁽⁴³⁾ Cf., por exemplo, Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit., XI, 4, p. 395: "C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites" ("é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar; ele vai até onde ele encontra os limites. Que dizer? mesmo a virtude tem necessidade de limites"). Para Hobbes, pois, o "desejo de poder, que cessa com a morte apenas" é a primeira inclinação natural dos homens e forma a base de seu conflito permanente (*Leviatano*, cit., parte I, cap. VII, par. 7 e cap. VIII, par. 4-6). Recorde-se também a caracterização do poder dos homens em Aristóteles, *La politica*, cit., III, 16, 1287a, p. 178-179, como "besta", "porque o capricho é esta fera e a paixão subverte, quando sobem ao poder, mesmo os melhores homens".

⁽⁴⁴⁾ Uma expressão extrema da primeira atitude é oferecida por J. De Maistre, *Les soirées de Saint-Petersbourg*, cit., que baseia sua apologia da pena e do poder punitivo sobre a tese de que "l'homme est mauvais, horriblement mauvais" (p. 58); "il ne peut se contempler sans rougir... ses lumières ne servent qu'à lui montrer dans lui les penchants abominables qui le dégradent jusqu'à la brute. Il cherche dans le fond de son être quelque partie saine sans pouvoir la trouver: le mal a tout souillé, et l'homme entier n'est qu'une maladie" ("O homem é mau, horrivelmente mau"; "ele não pode se contemplar sem rugir... suas luzes não servem a não ser para lhe mostrar suas pechas abomináveis que o degradam até a brutalidade. Ele procura no fundo de seu ser uma parte sã sem poder encontrá-la: o mal a tudo perpassa e o homem inteiro não é senão uma doença") (p. 56): uma "maladie originel", dado que, "toute dégradation ne pouvant être qu'une peine, et toute peine supposant un crime, la raison seule se trouve conduite,

comme par force, au péché originel” (“toda degradação não pode ser senão uma pena, e toda pena supõe um crime, a razão se encontra apenas conduzida, como por força, ao pecado original”) (p. 58). Mas, recordem-se, sobretudo, as visões da sociedade como “grande doente” carente de cura e de disciplina e as imagens médicas e terapêuticas do poder político nos escritos dos positivistas franceses do fim do século XIX, como, por exemplo, Taine: “Por péssimo que seja um governo, é pior quando falta. É graças ao governo que a vontade humana se coordena em lugar de ser largada à desordem. Isso, em uma sociedade, serve quase como o cérebro de uma criatura viva. Incapaz, desconsiderado, distraído, voltado sobre si mesmo, freqüentemente este abusa de seu papel e ultrapassa e deforma aquele corpo que deveria gerir e guiar. Mas, no conjunto, qualquer coisa que faça, este faz mais bem que mal, porque é através disso que o corpo se rege, caminha e coordena seus passos... Se falta o governo, a razão deixa de existir em assuntos públicos e a organização social regride em muitos graus... Se as *mains grossières* do povo tocam todas aquelas rodas dentadas e delicadas que constituem a grande máquina econômica, social e política... podem apenas deformá-la e rompê-la ao acaso, sob o impulso do momento” (H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, II partie, La révolution. L’anarchie, cap. III, p. 81). Sobre a cultura da “direita revolucionária” desenvolvida na França após a Comuna, cf. P. Ferraris, *Società malata e potere medicale nelle visioni positiviste della Francia di fine ottocento*, no prelo.

Uma expressão da segunda atitude é, ao invés, daquela fornecida por T. Paine, *Common sense* (1776), trad. it. de T. Magri, em *I diritti del uomo*, Editori Riuniti, Roma, 1978, p. 65: “A sociedade é produzida segundo as nossas carências e o governo da nossa maldade: a primeira promove a nossa felicidade positiva unindo ao mesmo tempo os nossos afetos, e a segunda, negativamente, freia os nossos vícios. Uma encoraja as relações, a outra cria as distinções. A primeira protege, a segunda pune. A sociedade é sob qualquer condição uma bênção; o governo, ainda na sua forma melhor, não deixa de ser um mal necessário, e na sua pior, insuportável”. Recorde-se ainda o otimismo e o pessimismo antropológico, respectivamente à base do princípio da presunção de inocência e da sua negação nos autores citados na nota 6 do capítulo 9.

⁽⁴⁵⁾ Cláusulas semelhantes de esvaziamento – estipuladas sobre fórmulas semanticamente indeterminadas (vedação legal ao “abuso” de direito, condições ao seu exercício a “fins lícitos”, limites da “segurança nacional”, ou da “moralidade pública”, ou da “ordem pública” e dos “bons costumes”, ou do “interesse geral”) – são muito difundidas nas teses constitucionais latino-americanas: em particular, estão contidas nas Constituições do México (art. 5.1), de Cuba (art. 61), de Honduras (arts. 62, 78, 79.2 e 103), da Costa Rica (art. 25), da Colômbia (art. 44), da Venezuela (arts. 43, 70, 71 e 115), do Peru (arts. 2.7, 2.10 e 2.11), do Brasil (arts. 153.28 e 154 [N.T.: O autor refere-se à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969, tratando tais artigos da “liberdade de associação para fins lícitos”, correspondente ao inciso XVII do art. 5 da atual Constituição; bem como “abuso de direito individual” com vistas à segurança nacional, sem par na atual Constituição; respectivamente]), do Chile (arts. 8, 19, 23.1), do Uruguai (arts. 7 e 10.1) e da Nicarágua (art. 24). Para uma resenha analítica, cf. E. P. Habba, *Tractado basico de derechos humanos*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986, I, p. 355 e ss. Fórmulas indeterminadas são ainda aquelas que vinculam a escopos sociais as liberdades civis sancionadas na Constituição soviética (art. 125 [N.T.: refere-se àquela da antiga URSS]), ou pior, que as conotam, como na Constituição chinesa de 1975 (arts. 11-14), num sentido ético-pedagógico. Vamos enfim recordar as cláusulas de esvaziamento contidas na Constituição da Alemanha Ocidental: além, no citado art. 18, também o art. 2.1, que condiciona o “direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade” em respeito, dentre outros, da “lei moral”; os arts. 5.2 e 5.3, segundo os quais a liberdade de expressão e de imprensa “encontram os seus limites nas disposições legais” ordinárias, e a liberdade de ensino “não isenta da fidelidade à Constituição”; os arts. 9.2 e 21.2, que vetam as associações “dirigidas contra o ordenamento constitucional” e os partidos que “se proponham a prejudicar ou eliminar o ordenamento fundamental democrático e liberal”.

⁽⁴⁶⁾ Entre as Constituições modernas merece ser recordada, a recente da Nicarágua, que no seu art. 2 qualifica textualmente o Estado como “instrumento do povo” para a tutela e satisfação dos seus direitos.

⁽⁴⁷⁾ “O escopo a que tende a lei não é outro que a felicidade dos cidadãos” (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX*, cit., liv. VIII, afor. 5, p. 805). Cf., ainda, L. Muratori, *Della pubblica felicità aggetto de’ buoni principi* (1749), org. L. Bosi Di Palma, Loescher, Torino, 1971, cap. IX, p. 31-40; C. Beccaria, *Dos delitos e das penas*, cit., Introdução, p. 9; G. Filangieri, *La scienza della legisla-*

zione, cit., Introdução, p. 58, e liv. I, caps. I e II, p. 83-87, e cap. X, p. 118; J. Bentham, *An introduction to the principles of moral and legislation*, cit. O nexó funcional entre direito e felicidade exprime-se incisivamente em C. A. Helvétius, *De l'homme*, cit., seq. VI, cap. XV, vol. II, p. 118: "Des lois sages pourroient sans doute opérer le prodige d'une félicité universelle". Por uma interpretação liberal-democrática do pensamento de Helvétius, recolocada em polémica com as deformações correntes de quantos gostariam de ver nele uma posição totalitária, veja-se o ótimo ensaio de L. Gianformaggio, *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvétius*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979. Já Aristóteles, em *Politica*, cit., III, 10, 1281a, p. 152, afirmou, de outra banda, que "o fim do Estado é o bem viver"; e que "um Estado será governado do melhor modo sob a constituição que lhe garantir ser feliz ao máximo" (ibidem, VII, 13, 1332a, p. 370). Norberto Bobbio releva, ademais, que "a idéia de que seja tarefa do Estado prover a felicidade dos súditos" foi sucessivamente abandonada "paulatinamente, à medida que ganhou corpo a figura do Estado liberal e de direito"; recordando a firme aversão de Kant ao "Estado paternalístico" ou "eudemonológico, o qual pretendia que fosse sua tarefa fazer felizes os súditos" ao invés de "dar a esses tanta liberdade a permitir a qualquer um que seja livre de perseguir a própria felicidade a seu modo" (*La rivoluzione francese e i diritti del uomo*, conferência proferida na Biblioteca da Câmara dos Deputados da Itália, em 14.12.1988, p. 15).

⁽⁴⁸⁾ A expressão é de Hegel, ob. cit., par. 337, p. 282.

⁽⁴⁹⁾ Ibidem, par. 325, p. 276.

⁽⁵⁰⁾ Ibidem, par. 100, p. 97.

⁽⁵¹⁾ Ibidem, pars. 327-328, p. 277-278.

⁽⁵²⁾ Ibidem, par. 324, p. 275.

⁽⁵³⁾ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XIV, p. 114: "Um pacto em que eu me comprometa a não me defender da força pela força é sempre nulo. Porque (conforme acima mostrei) ninguém pode transferir ou renunciar a seu direito de evitar a morte, os ferimentos, o cárcere". Cf., *supra*, nota 10.

⁽⁵⁴⁾ "Já no capítulo XIV mostrei que os pactos no sentido de cada um abster-se de defender seu próprio corpo são nulos. Portanto, se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutila, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer" (ibidem, XXI, p. 178).

⁽⁵⁵⁾ "Um soldado a quem se ordene combater o inimigo, embora seu soberano tenha suficiente direito de puni-lo com a morte em caso de recusa, pode não obstante em muitos casos recusar, sem injustiça... E deve-se também dar lugar ao temor natural, não só o das mulheres (das quais não se espera o cumprimento de tão perigoso dever), mas também o dos homens de coragem feminina. Quando dois exércitos combatem, há sempre os que fogem, de um dos lados, ou de ambos; mas quando não o fazem por traição, e sim por medo, não se considera que o fazem injustamente, mas de forma não honrada. Pela mesma razão, evitar o combate não é injustiça, é covardia" (ibidem, XXI, p. 179).

⁽⁵⁶⁾ "Mas se um homem for mantido na prisão ou a ferros, ou se não lhe for confiada a liberdade de seu corpo, nesse caso não pode dizer-se que esteja obrigado à sujeição por um pacto, podendo, portanto, se for capaz, fugir por quaisquer meios que sejam" (*Leviatano*, cit., XXI, p. 182); e pode, ainda mais, se "for feito prisioneiro de guerra, ou sua pessoa ou seus meios de vida se encontrarem entregues à guarda do inimigo, e se a sua vida e sua a liberdade corpórea lhe forem oferecidas", passar para a parte do vencedor e tomar-se seu súdito (ibidem). E pode ainda, se juntamente com outros for maculado por um "delito capital" pelo qual "pode esperar a morte", "unir-se" aos seus cúmplices, e juntos "ajudarem-se e defenderem-se uns aos outros" da captura, "porque se limitam a defender suas vidas, o que tanto o culpado como o inocente pode fazer. Sem dúvida, havia injustiça na primeira falta ao seu dever; mas o ato de pegar em armas subsequente a essa primeira falta, embora seja para manter o que fizeram, não constitui um novo ato injusto. E se for apenas para defender suas pessoas, de modo algum será injusto" (ibidem, p. 180).

⁽⁵⁷⁾ *Dialogo*, cit., p. 405.

⁽⁵⁸⁾ "Ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de defender-se a si mesmo. Além disso, cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria" (*Leviatano*, cit., XXVIII, p. 255); Ch. Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, cit., liv. III, cap. VII, par. 12 e 13, p. 280: "Nullum ius violo, si sponte mihi non accersam poenam, sed potius omnia tentem, ut poenam effugere possim".

⁽⁵⁹⁾ H. Grócio, *De jure belli ac pacis*, cit., liv. II, cap. XX, par. 2, n. 1: “In hac re est aliquid quod ad contractuum naturam accedit: quia, sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit sua voluntate se obligasse videtur poenae, quia crimen grave non potest non esse punibile; ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit”; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., II, 5, p. 71-72: “Le traité social a pour fin la conservation des contractants. Qui veut la fin veut aussi les moyens, et ces moyens sont inséparables de quelques risques, même de quelques pertes... c’est pour n’être pas la victime d’un assassin que l’on consent à mourir si on le devient” (“O trato social tem por fim a conservação dos contratantes. Quem quer o fim quer também os meios, e estes meios são inseparáveis de alguns riscos, até mesmo de algumas perdas... é para não ser vítima de um assassino que se consente que ele morra se assim se deve”); A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., liv. I, cap. XVIII, par. XIV e cap. XIX, par. II-X, t. II, p. 167 e ss., em que as penas são concebidas como adimplementos mediante os quais “vêm a desfazer-se com justiça as obrigações nascentes dos delitos”; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., VII, p. 112-113, que recorre e faz suas as palavras de Grócio aqui citadas; G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., liv. III, caps. XXV-XXVI, p. 499-502: “Se as leis são as fórmulas que exprimem os pactos sociais, toda transgressão à lei é portanto a violação de um pacto”; “se o pacto que violas for um dos mais preciosos da sociedade, o direito que perderás há de ser ainda um dos mais preciosos para ti”. O texto de Vico sobre o fundamento contratual da obrigação de sujeitar-se à pena está citado *supra*, na nota 140 do capítulo 7.

⁽⁶⁰⁾ *Lineamenti*, cit., par. 100, p. 97. Veja-se também, o adendo 63 ao par. 100, p. 327 e as notas aos par. 99-100, p. 486-488.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, par. 100, p. 97. Na mesma ordem de idéias se movem E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, cit., I, p. 30: “(A pena), se se representa sob forma de dor e de mal para a individualidade quem a ela subjaz, é um bem em si mesma, é o verdadeiro bem da individualidade delinqüente, reconciliando-a com a ordem”; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 215, que igualmente concebe a pena como “aquela que a sociedade, o homem, inflige a si mesmo para tornar-se mais homem, é o adendo necessário a sua redenção, é obra de essencial auto-educação”; V. Mathieu, *Perché punire?*, cit., p. 163-164, em que é retomada a tese hegeliana de que a pena é “devida” ao delinqüente e que este tem “direito” de sofrê-la para salvar a sua humanidade. A configuração da pena como um “bem” para aquele que a sofre, porque “liberação do mal” e “medicina da maldade”, remonta, como se verá, a Platão, *Il gorgia*, *Dialoghi filosofici*, I, cit., 477-478, p. 409-412; e é retomada por Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIX, art. 4, segundo o qual, no caso de condenação a morte não injusta, “non licet condemnato se defendere”.

O PONTO DE VISTA EXTERNO

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 60. GARANTISMO, IGUALDADE E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 1. Valor da pessoa, tolerância, igualdade e direitos fundamentais; 2. Direitos fundamentais e igualdade. Poderes e desigualdades; 3. Construção e crise do conceito de direito subjetivo no juspositivismo do século XIX; 4. Direitos fundamentais e garantias; 5. Legitimação formal e legitimação substancial – 61. GARANTISMO, DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA: 1. Sobre a obrigação jurídica e sobre a obrigação política de obedecer às leis; 2. “A que obriga” a obrigação política de obedecer às leis. Aporias lógicas e aporias políticas; 3. “Quem é obrigado” a obedecer às leis. O ponto de vista interno dos juízes e o externo dos juristas; 4. A incompatibilidade entre Estado de direito e obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis. Desobediência civil e resistência – 62. OS DIREITOS CONTRA OS PODERES: 1. Estado de direito e poder mínimo. Micro e macropoderes ilegais ou extralegais; 2. Micropoderes selvagens. As desigualdades substanciais; 3. Macropoderes selvagens. Os “lobos artificiais” e a criminalidade dos Estados – 63. GARANTISMO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: 1. Falácia política e falácia garantista; 2. Garantias políticas e garantias sociais. A luta pelos direitos; 3. Garantismo, mudança jurídica e democracia direta.

60. GARANTISMO, IGUALDADE E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Valor da pessoa, tolerância, igualdade e direitos fundamentais

No capítulo precedente identifiquei a principal conotação de “garantismo”, e ao mesmo tempo da “democracia substancial”, no primado axiológico daquilo que chamei de “ponto de vista externo”, correspondente ao “ponto de vista interno” do sistema político, ou seja, no caráter instrumental do direito e do Estado relativamente a finalidades, valores, necessidades, interesses e vontade extra-estatais e metajurídicas. Então, identifiquei as técnicas institucionais por meio as quais o ponto de vista externo penetra no interior do direito positivo, nas formas do moderno “Estado de direito”, e precisamente, na incorporação em normas constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado. Estas formas, já se disse, mesmo sendo tecnicamente inconcebíveis fora do horizonte teórico e institucional do positivismo jurídico, extraíram do *jusnaturalismo* contratualista o seu paradigma de justificação política: de um lado, a idéia hobbessiana da fundação desde o exterior de baixo do direito e do Estado, enquanto artifícios “postos” pelos homens para a tutela de seus direitos; de outro, a idéia lockeana da conservação por parte dos homens da sua natural

independência dos “poderes absolutos e arbitrários” após o nascimento do Estado e da sociedade civil.¹ Agora, é a análise metateórica do ponto de vista externo que pretendo desenvolver: ancorando-a, sobretudo, aos direitos fundamentais, e elucidando-lhe, por isso, o significado em ordem às relações entre cidadão e Estado, entre direitos fundamentais e poderes e entre conservação e mudança dos sistemas jurídicos.

“Ponto de vista externo” ou “de baixo” quer dizer, sobretudo, ponto de vista das *pessoas*. O seu primado axiológico, conseqüentemente, equivale ao primado da *pessoa como valor*, ou seja, do *valor das pessoas*, e portanto, de todas as suas específicas e *diversas identidades*, assim como da variedade e *pluralidade dos pontos de vista externos* por elas expressos. É sobre tais valores que se baseia a moderna *tolerância*: a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penais constitutivas. A tolerância pode ser antes definida como a atribuição a cada pessoa do mesmo valor; enquanto a *intolerância* é o desvalor associado a uma pessoa qualquer em força de sua particular identidade. Inversamente, a esfera do *intolerável* é identificável, por oposição, com aquela das violações das pessoas por meio das lesões intolerantes de suas personalidades ou identidades.

Valor primário da pessoa e conexo princípio de tolerância formam, a meu ver, os elementos constitutivos do moderno princípio da *igualdade jurídica*: que é um princípio complexo, o qual inclui as *diferenças pessoais* e exclui as *diferenças sociais*. Em um primeiro sentido, a igualdade reside no valor associado indiferentemente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, “sem distinção”, como diz, por exemplo, o art. 3, parágrafo 1.º, da Constituição italiana, “de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais e sociais”. Neste sentido, igualdade e diferença não apenas não são antinômicas, mas se implicam mutuamente. O valor da igualdade, segundo esta primeira acepção, consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de *qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros* e de *qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras*. E vale, desta forma, a individualizar os confins dessa *tolerância*, a qual reside no respeito de todas as diferenças que formam as diversas identidades das pessoas, como do *intolerável*, que ao contrário reside na inadmissibilidade de suas violações.

Em um segundo sentido, ao invés, a igualdade reside no desvalor associado a um outro gênero de diferenças: a todas aquelas “de ordem econômica e social” das quais provenham, como disse o art. 3, *caput*, da Constituição italiana, os “obstáculos que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”. Neste segundo sentido, as diferenças, em lugar de serem conotadas pelas diversas identidades das pessoas, se resolvem em *privilégios* ou *discriminações* sociais que lhe deformam a identidade e lhe determinam a desigualdade, lesando-lhe ao mesmo tempo o igual valor. É por isso que estas, na base do mesmo princípio da igualdade, são, além disso, além de certo limite *intoleráveis*. Só que o limite entre tolerância e intolerância é neste caso bem mais problemático e incerto. Nem todas as desigualdades jurídicas, como veremos, são de fato intoleráveis. Apenas aquelas que *obstam* a vida, a liberdade, a sobrevivência e o desenvolvimento das outras pessoas o são; e as identificações dos limites, qualitativo e quantitativo, além dos quais elas são por isso intoleráveis, está entre os mais difíceis problemas da filosofia jurídica e política.

Chamarei *igualdade formal* ou *política* a primeira forma de igualdade, e *igualdade substancial* ou *social* a segunda. Em ambos os sentidos o princípio da igualdade não é uma tese descritiva, mas um princípio normativo; não um juízo de fato, mas um juízo de

valor, ou mais simplesmente um valor, que vem postulado justamente porque se reconhece que os homens são diversos.² A sua normatividade tem, todavia, nos dois casos, uma função oposta. Com a prescrição da igualdade formal convencionou-se que os homens *devem ser considerados como iguais* propriamente prescindindo do *fato* que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política e afins. Com a afirmação da igualdade substancial se convencionou, ao invés, que eles *devem ser considerados tão iguais quanto possível for*, e por isso não se deve prescindir do *fato* que eles são social e economicamente desiguais. Convirá chamar “*diferenças*” às diversidades do primeiro tipo, e “*desigualdades*”, às do segundo. Uma devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas.

Em todos os casos, a igualdade jurídica, seja formal ou substancial, pode ser definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. São, de fato, os direitos fundamentais as técnicas mediante as quais a igualdade em ambos os casos é assegurada ou perseguida; e é a diversa natureza dos direitos, nos dois casos sancionados, que consente de explicar a diversa relação com as desigualdades de fato. Precisamente, as garantias dos direitos de liberdade (ou “direitos de”) asseguram a igualdade formal ou política. As garantias de direitos sociais (ou “direitos a”) consentem a igualdade substancial ou social. Uma tutelam as diferenças, das quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis. Os direitos do primeiro tipo são direitos à diferença, isto é, a ser si mesmo e permanecer uma pessoa diversa das outras; os do segundo são direitos à compensação pelas desigualdades, e por isso, a tornar-se, nas condições mínimas de vida e sobrevivência, pessoa igual às outras. No primeiro caso a diversidade é um valor de garantia; no segundo, um desvalor a combater. A relação entre os três clássicos princípios inscritos sobre a bandeira da Revolução Francesa – *liberté, égalité, fraternité* – pode ser sobre essa base requalificada. Estes valores não se implicam entre eles, assim como – se tem visto – não se implicam entre eles os direitos de liberdade e os direitos sociais. Mas, em nenhum caso, são incompatíveis. Ao contrário, são mediados por valores de igualdade, que formam o fundamento axiológico dos outros dois. O direito à igualdade pode ser concebido como um metadireito em relativamente não só à liberdade assegurada pelos direitos de liberdade, como também à fraternidade prometida pelos direitos sociais: precisamente, este é o princípio constitutivo dos direitos de liberdade, enquanto igualdade formal dos direitos de todos às suas pessoais distinções ou diferenças, como dos direitos sociais, enquanto igualdade substancial dos direitos de todos a condições sociais de sobrevivência.

Podemos, neste ponto, redefinir os *direitos fundamentais*, em contraposição a todas as outras *situações jurídicas*, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão.³ É esta sua igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável. Afirma-se, historicamente, com reserva à liberdade de crença e contra os fanatismos intolerantes e repressivos das ortodoxias religiosas, que o campo da tolerância se ampliou progressivamente, com a multiplicação dos direitos de liberdade, e outras identidades e diferenças, até ter hoje um campo privilegiado no dissenso político e na tutela das minorias étnicas, contra os secta-

rismos ideológicos e os sempre novos racismos. E se ampliou correlativamente, com o desenvolvimento sobretudo dos direitos sociais, o campo do intolerável. Em todos os casos, entre igualdade jurídica e direitos fundamentais existe um nexo biunívoco: não apenas a igualdade é tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas, ainda, os direitos fundamentais são tais enquanto forem constitutivos de igualdade.

2. Direitos fundamentais e igualdade. Poderes e desigualdades

Das teses ora sustentadas, forneci em outra ocasião, com referência aos singulares direitos de liberdade, uma versão formalizada.⁴ Partindo da definição de “situação jurídica” como modalidade deontica de comportamentos gerativos de efeitos jurídicos, cheguei a uma distinção nascida entre *situações jurídicas* – públicas e privadas, de poder e de dever – e os *direitos fundamentais*, e particularmente entre *direito de propriedade* e *direito de liberdade*. As primeiras – sustentei – correspondem a poderes (ou deveres) adquiridos sobre a base de específicas “causas” ou “títulos” e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na própria esfera jurídica, ou mesmo na alheia; os segundos correspondem, ao invés, à imunidades ou faculdades, reconhecida a todos independentemente de qualquer título e exercitadas unicamente em comportamentos meramente lícitos, que não interferiram juridicamente na esfera de outros sujeitos. Por exemplo, enquanto o direito de propriedade é o efeito de um título qualquer e pode ser exercitado por meio de atos de disposição geradores de ulteriores efeitos consistentes em obrigações e direitos, o mesmo não se pode dizer a respeito da liberdade de opinião, cujo exercício não depende de nenhum título ou ato de aquisição e, por maior que seja a relevância moral e política, não tem nenhuma relevância jurídica, sendo privado, por sua vez, de qualquer efeito jurídico.

Esta basilar diferença de estrutura parece-me justificar uma drástica revisão terminológica: o abandono da genérica e sumamente ambígua figura do “direito subjetivo” para designar cumulativamente modalidades deonticas de conteúdos opostos, nos quais, de um lado, figuram a propriedade e o crédito, e de outro, a liberdade pessoal e as liberdades civis; a sua utilização ou para designar apenas as primeiras em oposição às segundas, denominadas “liberdades”, ou para designar apenas as segundas em oposição às primeiras, de forma melhor classificada como categoria dos “poderes”; a drástica separação, enfim, da teoria das modalidades positivas (ou permissões) em duas subteorias nitidamente distintas: aquela dos *poderes*, sejam públicos ou privados, que são situações causadas por atos potestativos, e por sua vez, exercitáveis mediante atos potestativos e causativos de efeitos, e aquela dos *direitos fundamentais* – invioláveis, inalienáveis, indisponíveis e por assim dizer “personalíssimos” – que, ao invés, são modalidades não causadoras de nenhum ato e não geradoras de nenhum efeito. Nesta perspectiva de melhora conceitual e lingüística, critiquei, enfim, o uso promíscuo da palavra “direito subjetivo” para uma semelhante mistura de figuras heterogêneas, revisando o veículo de uma secular operação de mistificação para a qual contribuíram seja a tradição liberal, que aquela a socialista: a primeira, ao fim de acreditar a propriedade como direito do mesmo tipo dos direitos de liberdade, mediante o valor geralmente associado à liberdade; a segunda, ao fim de desacreditar as liberdades, posto que “direitos burgueses” do mesmo tipo que a propriedade, mediante o desvalor associado às situações de poder representadas pelo direito de propriedade e pelos outros direitos patrimoniais.

A configuração aqui proposta dos direitos fundamentais como condições constitutivas da igualdade e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa, permite, então, não apenas rea-

firmar, mas precisar e generalizar a distinção entre os mesmos e os direitos fundamentais, compreendidos os sociais, e o conjunto das situações jurídicas, compreendidos os deveres. Podemos afirmar que a soma das *situações jurídicas* caracteriza diversas, desiguais, singulares e irrepetíveis *esferas* ou *condições jurídicas* de qualquer sujeito: a sua posição de proprietário deste ou daquele objeto; de devedor ou credor de tal ou qual soma em dinheiro em relação a outro sujeito; de locador ou de locatário deste ou daquele imóvel; de trabalhador independente, de prestador de serviços, de operário ou de empresário porque titular de tais ou quais obrigações ou direitos ou poderes privados; de juiz, de deputado, de servidor público, ou de ministro enquanto titular destas ou daquelas prerrogativas públicas e de seus correspondentes deveres funcionais; de advogado, de médico, de docente, de comerciante ou similares enquanto dotado de tais habilitações específicas ou licenças ou concessões e das respectivas obrigações. A soma dos *direitos fundamentais* caracteriza, ao invés, a igual *personalidade jurídica* de cada sujeito enquanto pessoa ou cidadão. Decorre disso que enquanto a liberdade e o seu exercício, sendo privados tanto de títulos quanto de efeitos jurídicos, formam a base da *igualdade jurídica*, as situações e o seu exercício, necessitando dos títulos e gerando efeitos, formam a base da *desigualdade jurídica*. E enquanto as relações e as comunicações sociais instauradas sobre a base das primeiras – dos direitos de expressão e opinião, àqueles de reunião e livre associação, da liberdade pessoal àquela religiosa, até os direitos políticos e sindicais – são relações de liberdade entre sujeitos iguais, as relações instauradas com base nas segundas são relações de domínio e sujeição, ou seja, de poder e de exclusão entre sujeitos juridicamente desiguais. Há, enfim, uma terceira categoria de modalidade, por assim dizer, intermediária, referente às outras duas: a das *capacidades* (jurídica, de agir, penal, político-eleitoral e afins), que definem o *status* das pessoas designando-lhes a igual idoneidade a cumprir atos ou a tornarem-se titulares de situações desiguais, e que compartilham com os direitos fundamentais o fato de não serem efeitos, nem de dotarem títulos em atos jurídicos de aquisição, mas de resguardarem a todos condições de igualdade e, com as situações jurídicas, o fato de serem exercitadas por atos jurídicos geradores de novas situações e, por isso, de desigualdades.

É de todo evidente a diversidade entre as *diferenças* de identidade tutelar dos direitos fundamentais e as *desigualdades* jurídicas expressas pelas situações e geradas pelo desigual exercício das iguais capacidades a elas conexas, a primeira das quais é a capacidade de agir ou de troca: apenas as primeiras e não as segundas, correspondem a valores ou direitos “fundamentais”. Isto não quer dizer, obviamente, que todas as desigualdades jurídicas sejam desvalores, nem tanto menos que sejam todas intoleráveis. O desenvolvimento social se caracteriza, ao contrário, pela crescente divisão dos procedimentos e diferenciações de posições e situações entre os sujeitos do ordenamento. E seria não apenas ilusório mas, também, retrógrado pretender uma supressão ou, antes, apenas uma redução mesmo que apenas das conseqüentes desigualdades como indicação de utópicas tentativas de extinção do direito e do Estado. A distinção entre “diferença” e “desigualdade” é, todavia, importante para distinguir a esfera das diversidades que formam a identidade da pessoa, daquela das diversidades independentes de tais identidades. Nos ordenamentos de Constituição rígida apenas as primeiras são rigidamente protegidas sob a forma de liberdades fundamentais; as segundas, ao invés, são de várias maneiras reguladas, limitadas e funcionalizadas e em todos os casos tuteladas apenas de forma condicional em relação aos direitos fundamentais, sejam liberais ou sociais.

Podemos sobre esta base indicar outros três sentidos em que os direitos fundamentais, em contraposição às particularidades das situações jurídicas, são caracterizados como *universais*. Eles não o são não só, como se disse no capítulo anterior, porque nunca *realizados* perfeitamente por todos e uma vez por todas e por isso permanentemente normativos mas, também, porque dizem respeito *igualmente a todos*. À diferença das situações jurídicas de poder, sejam públicas ou privadas, as quais são sujeitas a vicissitudes, transferências, sucessões, investiduras e caducidades, as liberdades e os direitos sociais não se intercambiam e não se acumulam, mas restam sempre iguais a si mesmos por qualquer pessoa, sem nunca interferir nem sofrer a interferência das oscilações das situações jurídicas. De um lado, o seu exercício não está em grau de crescer nem de diminuir a esfera das situações jurídicas, seja de poder ou dever; do outro, o exercício das situações jurídicas, enquanto produz sempre a aquisição ou a perda de novos poderes e deveres, não está apto nem a crescer nem a diminuir a personalidade jurídica dos cidadãos e a esfera de seus direitos fundamentais. Além disso, estes direitos, em sendo *personalíssimos*, são *indivisíveis*, no sentido de que a sua falta ou a sua injusta privação a dano de quem quer que seja, viola os valores da pessoa e, portanto, de todas as pessoas. Disso é prova o fato de que a sua lesão é sempre um fator de crise na vida do ordenamento. Estes direitos são precisamente *invioláveis*, bem como inalienáveis e indisponíveis, no sentido que a sua violação justifica a violência: a violência individual da legítima defesa ou do estado de necessidade como causa de justificação de atos que de outro modo seriam puníveis como delitos; a violência coletiva da resistência e da desobediência, como também, como veremos no próximo parágrafo, a sua violação coloca-se em ato pela autoridade pública.

Tudo isto torna ainda mais insensata a associação entre direitos fundamentais e outras figuras de direitos ou prerrogativas, sugerida pelas mais que globais categorias dos “direitos subjetivos” e “situações jurídicas”. A radical diferença de estrutura dos direitos fundamentais em relação a todas as situações jurídicas de poder e dever faz, ao invés, dos primeiros o campo do *não poder*, onde tomam forma e se desenvolvem as identidades, as carências e os valores – pessoais e sociais – que por sua tramitação exigem igual tutela e satisfação. Mas o faz, outrossim, como se verá, o campo dos *contrapoderes*, ou seja, dos instrumentos de tutela, de autonomia e de conflito – individual ou coletivo – atribuídos aos sujeitos mais frágeis e privados de poderes contra o jogo, de outro modo, livre e desenfreado dos poderes públicos e privados e das conexas desigualdades. Em todos os casos este campo forma o *fundamento axiológico externo* do direito: fundamento jurídico, porque positivamente consagrado, e por isso lugar da expressão da autonomia e do primado do ponto de vista ético-político ou externo, sobre aquele jurídico ou interno; campo das garantias jurídicas tanto da democracia formal como da substancial, mas justamente por isso logicamente distinto e axiologicamente separado do campo das situações jurídicas, privadas não menos que públicas, do mesmo modo em que a sociedade e os indivíduos são separados do Estado e a moral é separada do direito.

3. Construção e crise do conceito de direito subjetivo no juspositivismo do século XIX

A categoria ora criticada do “direito subjetivo” – que equivocadamente engloba as liberdades como a propriedade, os não-poderes como os poderes – é uma construção moderna, fruto das doutrinas dos “direitos naturais” desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII. A sua sistematização dogmática é obra, todavia, da ciência jurídica do século

XVIII, que sobre ela inseriu uma segunda operação: aquela da qualificação dos direitos fundamentais entre a mais ampla categoria dos “direitos públicos subjetivos”, não mais fundadores mas, sim, fundados pelo Estado.

“Le but de toute association politique”, proclamou o art. 2 da Declaração de 1789, “est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété et la résistance à l’oppression”. A associação dos direitos fundamentais de liberdade a uma figura de poder estruturalmente diversa como é o direito de propriedade é portanto um vício de origem.⁵ Na sua formulação jusnaturalista, todavia, os “direitos fundamentais”, mesmo porque concebidos como “naturais”, foram identificados como um *prius* em referência ao Estado e contrapostos aos poderes públicos como sua antítese, além de escopos justificantes: “a lei é um vínculo, o direito uma liberdade, e os dois termos são antitéticos”, escreveu com a sua usual veemência Thomas Hobbes.⁶ Este paradigma foi invertido no século passado, por obra sobretudo da doutrina juspublicista alemã. De um lado, a categoria do “direitos subjetivos”, entre os quais são classificados os novos direitos de liberdade, é modelada sobre a figura da *potestas agendi* e/ou do interesse sobre os bens com os quais é explicado o velho direito de propriedade; e, de outro, em homenagem ao princípio juspositivista de que toda situação jurídica promana do Estado e é regulada pelo direito, e todos os direitos, patrimoniais e fundamentais, são paralelamente concebidos como que criados pelo direito positivo e derivados do Estado somente.

As etapas desta operação são muitas e complexas, e têm a desventura de terem sido desenvolvidas em um país como a Alemanha, de frágeis tradições liberais e constitucionais e forte vocação às abstrações idealistas. Transportado para o campo do direito público e aplicado aos direitos fundamentais, o esquema privado de direito subjetivo se revela de uma desconfortável fragilidade: seja na sua configuração como “poder de querer” (*Willensmacht*), propugnada sobretudo por Windscheid,⁷ seja naquela do “interesse juridicamente protegido”, sustentada por Jhering.⁸ Foi assim que, num primeiro instante, com base na noção potestativa de “direito”, a existência de direitos dos cidadãos em relação ao Estado foi questão posta em dúvida e até mesmo negada, parecendo inadmissível na esfera do direito público uma vontade diversa daquela do Estado: direitos semelhantes – proclamou Gerber em uma célebre monografia de 1852, e repetiram, depois dele, Laband, Kohler, Bornhak, Otto Mayer – não seriam nada mais do que um “reflexo” (*Reflexrecht*) do direito do soberano, pelo qual o Estado regula a sua atividade.⁹ Sucessivamente, pela obra de Jellinek na Alemanha e, depois, de Santi Romano na Itália, chegaram a uma espécie de compromisso, por força do qual tais direitos, concebidos segundo o esquema do interesse juridicamente protegido foram configurados como “direitos públicos subjetivos”, produtos de uma “auto-obrigação” ou “auto-limitação” do Estado e em todo caso subordinados, por causa da natureza pública dos interesses em jogo, ao interesse geral.¹⁰ Em todos os casos, a tese liberal clássica segundo a qual são os direitos vitais ou “fundamentais” que fundam e justificam o Estado é invertida na oposta tese segundo a qual é o Estado que funda os direitos vitais dos cidadãos, neste ponto não mais “fundamentais”.¹¹ A mesma noção de “direito subjetivo”, entre o horizonte paracientífico desta metafísica estatal, termina por esvaziar-se ou desvanecer-se: de um lado, na doutrina juspublicista do fim do século, ela acabou por alargar-se sem medida, até a abarcar não só os direitos públicos e privados dos indivíduos, mas até mesmo os poderes públicos, estes também qualificados como “direitos públicos” do Estado contra os cidadãos, a começar pelo direito à obediência, ou pior, à “fidelidade”, correlativo ao dever de obediência ou fidelidade dos cidadãos;¹²

por outro, na mais tardia teorização de Hans Kelsen, ela foi posta de lado por ser conceitualmente inconsistente por causa da sua generalidade, ou, mais, desclassificada, com o pressuposto técnico de aplicação da sanção.¹³

Toda esta história é evidentemente um capítulo, entre os mais importantes e desoladores, do incremento estatal e autoritário, muitas vezes assinalado, devido ao pensamento liberal do século passado. E cabe a afirmação, na cultura jurídica europeia, de uma concepção abertamente autopoietica do direito e do Estado. Naturalmente, em tema de fundamentos, o problema é de escolha, e são igualmente legítimas e valorativas seja a opção autopoietica que a heteropoietica. Apenas que a primeira induz inevitavelmente a resultados ético-legalistas, que contradizem o modelo seja histórico que teórico do moderno Estado democrático de direito, enquanto a segunda, evidenciando o caráter “posto”, ou “fundado” pelos homens, tanto do direito quanto do Estado, é a tal modelo, seguramente, mais aderente.

Não é, no entanto, uma questão de escolhas políticas, e sim de consistência teórica e de adequação científica, a diferença conceitual supra-ultimada entre categorias assim diversas e por muitos aspectos contrapostas, quais sejam de um lado os direitos fundamentais e de outro as situações jurídicas de poder, sejam públicas ou privadas. A questão terminológica é, obviamente, secundária. Podemos continuar a falar de “direitos fundamentais”, evitando, se possível, falar de “direitos”, em vez de “poderes de propriedade”; ou pior, de “direitos” do Estado no lugar de “prerrogativas públicas”; ou podemos falar, a propósito dos princípios que ali se enunciam, simplesmente de “fundamentos”, ou talvez de “normas fundamentais”, ainda se em tal caso a revisão terminológica fosse porventura mais custosa; ou, enfim, pode-se continuar a usar a expressão “direitos” para designar sejam os direitos fundamentais que os poderes patrimoniais, sob a condição, todavia, de caracterizar e isolar estes últimos como “direitos-poderes sobre”. O importante é que fique bem claro que os direitos fundamentais não têm nada que ver com os “direitos-poderes” e nem mesmo com as “capacidades”, pelo qual fique impedida a mistificação liberal da propriedade como liberdade e a não menos grave mistificação marxista-leninista da liberdade como liberdade de troca ou de mercado.

Esta diferença radical de estrutura entre as duas ordens de conceitos consente, ademais disso, em recolocar o problema teórico da natureza dos “direitos fundamentais” (ou “fundamentos” ou “normas fundamentais” ou como se quiser denominar), subtraindo-o à velha alternativa se tais são situações jurídicas “fundadoras” (enquanto fundamentais e pré-políticas, segundo a hipótese jusnaturalista) ou “fundadas” (enquanto juridicamente postas pelo Estado, segundo a hipótese juspositiva). Uma semelhante alternativa é derivada diretamente da qualificação dos direitos fundamentais como direitos subjetivos do mesmo tipo que todos os outros direitos ou situações, que são todos inequivocamente criados pelo ordenamento, e cai, ao invés, quando esta qualificação seja abandonada como logicamente infundada e mistificadora. É claro que uma vez reconhecida a sua natureza de princípio axiológico de justificação do Estado, eles não são mais fundados, mas fundadores; mas o são não já enquanto normas, ou pior, situações de direito natural, mas precisamente enquanto princípios ético-políticos externos, privados de fundamentos porque eles mesmos fundamentos e fruto não de normas jurídicas, mas de opções ou convenções. De outra parte, é ainda claro que, uma vez incorporados nas Constituições, estes princípios tornam-se, outrossim, normas jurídicas de nível constitucional. Mas esta não é mais uma alterna-

tiva mas uma ambivalência. E é uma ambivalência que não tem nada de misterioso: reflete simplesmente o caráter, seja externo, ou ético-político, seja interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do Estado constitucional de direito.

4. Direitos fundamentais e garantias

Uma reformulação da fundação teórica das categorias dos direitos fundamentais exigiria não apenas a sua originária distinção dos outros direitos subjetivos, mas, também, a sua decomposição analítica, voltada a identificar, a redefinir e a distinguir as diversas figuras colhidas nela. Também a categoria dos direitos fundamentais é um recipiente no qual tomaram lugar figuras ligadas pelo seu nexos com a igualdade e com os valores da pessoa, mas, de resto, em tudo heterogêneas: do direito à vida ao de liberdade pessoal; dos diversos direitos de liberdade – de opinião, de expressão, de imprensa, de culto, de reunião, de associação, de circulação e de greve – à inviolabilidade do domicílio e sigilo de correspondência; dos direitos políticos aos direitos civis da capacidade jurídica e da capacidade de agir; dos direitos sociais individuais – ao trabalho, à subsistência, à saúde, à casa, à instrução e a um adequado salário – até aos direitos sociais coletivos, como os direitos à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação. E também por este conjunto de figuras, ocorreria uma reclassificação segundo as diferenças de estrutura, de suas diversas bases materiais, das técnicas de garantias apropriadas a cada uma, assim como da sua hierarquia e do seu diverso grau de tutela.

A divisão mais importante continua sendo, indubitavelmente, aquela operada no parágrafo 57.3 entre direitos de liberdade (ou “direitos de”) e direitos sociais (ou “direitos a”): os primeiros correspondentes às vedações legais e prestações negativas; os segundos, a obrigações e prestações positivas do Estado. Tanto os direitos do primeiro tipo quanto aqueles do segundo formam duas categorias abertas, mesmo, em sentido diverso. Dos direitos de liberdade, aos quais correspondem as vedações legais, não são predetermináveis os conteúdos, mas somente os limites: assim, por exemplo, da liberdade de expressão ou da liberdade pessoal não é possível identificar os infinitos atos de seu exercício, mas apenas os limites (vedação legal de difamar, ou de caluniar, e assim por diante) ou as condições que legitimam as limitações (apenas por ordem motivada da autoridade judiciária, quando ocorram indícios de delito e afins). Dos direitos sociais, aos quais correspondem a obrigações, são, ao invés, predetermináveis os conteúdos, mas não os limites, sendo variáveis com o tempo, o lugar, a circunstância e, sobretudo, o grau de desenvolvimento econômico e civil, as carências e as expectativas por eles expressas, assim como o seu grau de sofisticação: desta forma, os direitos à instrução, ou à saúde, ou à subsistência, remetem a obrigações de prestações quantitativamente mutáveis, segundo os diversos níveis de vida consentidos em qualquer ordenamento. Além disso, os direitos de liberdade, como os direitos sociais, formam uma categoria aberta quanto ao número e, de modo parecido, variáveis segundo não só as culturas mas, também, as ameaças às condições de vida: por exemplo, os direitos à tutela do ambiente foram impostos apenas recentemente, sendo relativamente nova a obra de destruição do planeta que eles aspiram impedir. Em todos os casos, os direitos fundamentais correspondem a valores e a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados. E é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mensurado o progresso.¹⁴

Não é esta a sede para uma análise dos diversos direitos fundamentais. Acenarei apenas a dois problemas teóricos e, em parte, conexos: as relações entre os diversos direitos e a natureza das suas garantias jurídicas. O primeiro problema é de caráter ético-político, exigindo escolha de valores em ordem à hierarquia e ao balanço entre os diversos direitos fundamentais, como também aos critérios de solução dos conflitos entre os sujeitos que lhe são titulares. Diante de tais ofensas ou ameaças a outros direitos fundamentais, podem ser limitados os direitos de liberdade, desde a liberdade pessoal até a liberdade de expressão, da liberdade de reunião e de associação aos direitos à reserva da intimidade e à conservação da imagem, do domicílio e da correspondência? A resposta a esta pergunta é dada em boa parte pela ciência penal, e se identifica, como se viu ao longo deste livro, com a individualização dos bens jurídicos que merecem uma tutela penal, bem como os meios sancionatórios e as técnicas processuais a tais fins justificadas: em uma expressão apenas, com os mesmos princípios de direito penal mínimo expressos pelas garantias penais e processuais. Estes mesmos princípios – de justificação externa e, se constitucionalizados, de legitimação interna – assinalam, de resto, a existência de direitos fundamentais por assim dizer *absolutos*, porque hierarquicamente supra-ordenados a todos os outros e não limitados por nenhuma razão, tampouco a tutela de outros direitos fundamentais: pense-se no direito à vida, do qual nenhum delito e muito menos qualquer razão de Estado justifica a privação; ou à liberdade de consciência e de opinião, garantida (diversamente da liberdade de expressão, que encontra os limites nos delitos de injúria, difamação e calúnia) pelo princípio de materialidade da ação; ou à imunidade do detento à tortura ou aos maus-tratos, garantida incondicionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas. Mais difícil é o balanço dos direitos sociais, se não porque mais difíceis e bastante menos elaboradas são as técnicas relativas de garantia. A nossa Constituição oferece, a propósito, bem poucas indicações. E ainda mais pobres, para não dizer inexistentes, são os apontamentos da teoria geral do direito e das disciplinas juspublicistas.

O outro problema, aquele da natureza das garantias, é obviamente o mais importante. As teses formuladas neste livro acerca das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade são apenas em parte extensíveis aos direitos sociais. Dois princípios, todavia, me parecem dotados, com os devidos acréscimos, de um alcance garantista de caráter geral. Antes de tudo, o *princípio da legalidade*: porque as prestações que satisfazem os direitos sociais são sempre impostas como obrigações aos poderes públicos e não deixadas ao arbítrio administrativo, ocorre que as leis lhes prevêem univocamente os pressupostos vinculantes e lhes identificam com clareza os órgãos e os procedimentos. Para tais direitos sociais, como aquele à subsistência, a coisa é relativamente simples, bastando a previsão legal de subsídios ou salários mínimos a todas as pessoas desprovidas de mínimos vitais e a atribuição a eles de um correlativo direito de crédito. Menos simples, mas do mesmo modo praticáveis, são as garantias legais dos direitos à instrução e à saúde. Com relação a outros direitos, como o direito ao trabalho e o direito à moradia, uma legislação social é, ao invés, imensamente mais difícil por causa do caráter irrealizável de sua satisfação igualitária, mesmo que mínima.

O segundo princípio garantista de caráter geral é aquele da *submissão à jurisdição*: para que as lesões aos direitos fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão ou omissão, por sua respectiva violação. Uma semelhante garantia, ditada em princípio pelo art. 24 da nossa Constituição,

deveria ter como campo privilegiado não o direito penal – onde apenas poderia ser introduzida, como se disse ao seu tempo, a ação popular subsidiária àquela de ofício para todos os delitos cometidos por servidores públicos – mas sim o direito privado e o direito administrativo. E exigiria uma reforma dos modelos tradicionais de legalidade civil e administrativa idôneos a transformar em direitos perfeitos aqueles que atualmente são apenas concessões, expectativas, interesses legítimos. A tal fim ocorreria que as leis em matéria de serviços públicos não apenas estabeleceriam conteúdos e pressupostos de qualquer direito social, mas identificariam ainda os sujeitos de direito público investidos das correlativas obrigações funcionais; que toda omissão ou violação de tais obrigações, comportando a lesão não somente de meros deveres ou, ao mais, de interesses legítimos mas diretamente de direitos subjetivos, fosse acionável em juízo pelo cidadão lesado; que a legitimação ativa fosse a mesma para os direitos sociais de natureza coletiva, mesmo às novas subjetividades coletivas, não necessariamente dotadas de personalidade jurídica, de que se fazem portadoras; que, em suma, junto da *participação política* nas atividades de governo sobre as questões reservadas à maioria, se desenvolvesse uma não menos importante e generalizada *participação judiciária* dos cidadãos à tutela e à satisfação dos nossos direitos, como instrumento seja de autodefesa seja de controle das atividades do poder público.

5. Legitimação formal e legitimação substancial

Ambas as garantias – e em particular a primeira, que forma o pressuposto da segunda – estão hoje bem longe de serem realizadas de maneira suficiente. E, todavia, em um Estado de direito, os direitos, mesmo que vagos e incertos os pressupostos legais, necessitam de ser tutelados; e o progresso da democracia mensura-se precisamente pela expansão dos direitos e da sua dedução em juízo.

É esta a contradição que no Estado de direito aflige a prática e a administração da justiça, quando falta uma legalidade adequada. Como dito nos parágrafos 26.3, 28.3 e 37.5, as fontes de legitimação da jurisdição estendidas ao parágrafo 57.1 a todos os poderes do Estado, são duas: uma formal, outra substancial. A *legitimação formal* é aquela assegurada pelo princípio da legalidade e pela sujeição do juiz à lei. A *legitimação substancial* é aquela que provém da função judiciária e da sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Certamente a relação entre legitimação formal e legitimação substancial é bem mais diversa no direito penal do que nos outros setores do ordenamento. No direito penal a imunidade do cidadão contra intervenções arbitrárias, que é o específico direito fundamental sob o qual se ~~reduz~~ a sua legitimação substancial, é garantia precisamente pela estrita legalidade, isto é, pela sujeição do juiz apenas à lei, que ao mesmo tempo assegura a máxima legitimação formal; e isso deriva, como mostrei no parágrafo 37.5, do nexo existente entre a verdade processual, condicionada à estrita legalidade ou enumeração exaustiva dos casos específicos, e a liberdade do inocente contra o arbítrio. Nos outros setores do ordenamento, ao invés, o nexo entre as duas formas de legitimação é menos estreito. Mesmo na jurisdição civil e na administrativa é necessária a lei, como fonte de legitimação formal, para a existência de uma motivação ao menos em parte cognitiva, cuja validade é conexa com a fundamentação legal de seus argumentos; e é óbvio, sob este aspecto, que mesmo em tais casos uma hipotética enumeração exaustiva e a possibilidade de verificação do caso específico equivaleria ao máximo grau de legitimação formal. Todavia, à diferença

da jurisdição penal – onde a estrita legalidade é necessária também, direi sobretudo, para garantir a possibilidade de verificação e falsificação das motivações da liberdade do imputado –, na jurisdição civil e naquela administrativa, nas quais os direitos fundamentais em jogo são de outra natureza, a legitimação substancial deriva da sua satisfação e não exige como garantia nem a verdade nem a enumeração exaustiva, e é por essa razão bem mais independente da legitimação formal. Mais exatamente, a legalidade civil e a administrativa não requerem a exata denotação dos casos específicos em concreto, mas podem ainda incorporar cláusulas gerais ou critérios valorativos; a motivação das correspondentes sentenças não deve necessariamente compor-se de meras proposições assertivas, mas pode ainda incluir juízos de valor; e a sua validade substancial não é tão maior quanto mais aproximadamente lhe é possível predicar-lhe a “verdade processual”, mas simplesmente quanto mais ela é razoavelmente fundada ou argumentada com referência a direitos fundamentais.

Quando a lei não ofereça nenhum princípio regulador, a total falta de legitimação formal pode comprometer, ainda que em matéria não penal, a mesma legitimação substancial. Na prática existem muitas situações intermediárias, que vão do virtual contraste entre as duas fontes de legitimação à impossibilidade de qualquer legitimação. Onde quer que a jurisdição possa, ao menos, servir-se de apoios legais, mesmo que vagos e imprecisos, as duas fontes de legitimação podem entrar em contraste: já que, de um lado, a tutela substancial dos direitos fundamentais sancionados na Constituição exige do juiz uma discricionariedade e até mesmo uma engenharia judiciária que lhe consinta, de qualquer modo, a adjudicação, mesmo para além da letra e das lacunas da lei ordinária, de outro lado a falta de articulações legais na atribuição dos direitos e as sujeições do juiz à lei tornam frágil e incerta a legitimidade formal, além da probabilidade de tal engenharia. Mas, se não existe nenhum pretexto legal, mesmo uma similar engenharia – se pense no caso dos direitos sociais de prestação positiva – é impossível, e não se dá outra solução que a denegação da justiça. Ocorre que, em suma, a tutela dos direitos por parte dos juízes – que quer dizer a *substância* de seu ofício, mais que sua fonte de *legitimação substancial* – na medida em que não tenham sobre os ombros uma legislação suficientemente precisa e unívoca, contradiz no melhor dos casos a sua sujeição à lei – que quer dizer a *forma* de seu ofício, mais que sua fonte de *legitimação formal*; e se revela no pior dos casos de todo impossível. Sobre este aspecto a crise hodierna da lei, que é crise, por um lado, da razão jurídica e, por outra visão, do Parlamento e da política, se reflete sobre a seara judicial, minando-lhe a legitimidade na mesma medida em que parece crescer-lhe, precariamente, o poder discricionário e a centralização.

Por isto, hoje é tempo de uma ciência da legislação. Fala-se com resignação de decodificação, de supressão de deslegislação e de desregulação, como se se tratasse de fenômenos naturais e irrefreáveis. Trata-se, ao invés, de fenômenos políticos que chamam à responsabilidade da causa sejam os homens políticos que os juristas. Apenas um remodelamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, pode reestruturar e em muitos casos instaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente à tutela dos direitos fundamentais. Obviamente isto não quer dizer exumar antigas ilusões iluministas de perfeita racionalidade. Deve antes, assistirmos a plena consciência da imperfeição inevitável de qualquer sistema jurídico e, além do mais, daqueles sistemas como os Estados democráticos de direito, que incorporam em suas Constituições valores e expectativas altas e até mesmo utópicas, mas de tudo

realizáveis. Mas é precisamente esta consciência que deve assistir seja a legislação que a cultura jurídica na transformação e na projeção do direito.

61. GARANTISMO, DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA

1. Sobre a obrigação jurídica e sobre a obrigação política de obedecer às leis

A primeira consequência do primado axiológico da pessoa, com o qual identificamos o “ponto de vista externo”, é a sua *autonomia* em caso de conflito entre direito vigente e direitos fundamentais. A questão tem ressonâncias antigas, trazendo à lume o conflito entre direito e moral, ou mesmo entre obrigação política de obedecer às leis, ainda que injustas, e autodeterminação moral das pessoas. A opção pela autonomia da pessoa em face do Estado é expressa emblematicamente, na tradição grega, pela figura de Antígona.¹⁵ Ao invés, se quis ver a opção oposta pelo legalismo ético e pelo dever moral de obediência, expressa na figura de Sócrates, o qual voluntariamente aceita a injusta morte a ele inflingida (que é uma interpretação certamente sustentável sobre a base de *Crítón*¹⁶ mas não, ao invés, sobre a *Apologia de Sócrates*, onde Sócrates não exprime qualquer obséquio moral à lei), não faz ato de submissão, nem ao menos faz apologia da obediência,¹⁷ mas ao contrário aceita a morte e refuta a fuga provocativamente, porque a sua condenação, homem justo por excelência, soa como condenação e crítica prática de injustiça das leis e dos juízes que as aplicam.¹⁸

O problema que aqui pretendo enfrentar é se o tema da obrigação política se põe em termos diversos nos hodiernos Estados de direito, onde os direitos fundamentais se encontram incorporados positivamente nas Constituições e as suas lesões são por meio dos princípios sancionadas pelo mesmo direito. Existe, em semelhantes ordenamentos, uma obrigação de obedecer às leis injustas? E se existe, quais são a sua natureza e a sua medida?

É certo, de maneira geral, que as normas jurídicas comportam – enquanto tais – a obrigação *jurídica* de serem observadas. A existência desta obrigação é um dado objetivo ou positivo, da mesma natureza da existência ou vigor das normas jurídicas válidas que a prescrevem; e pode ser, com base nestas consentida ou negada mediante proposições assertivas verificáveis e falsificáveis (tanto quanto o consente a semântica da linguagem normativa) em torno do direito positivo. Disto não deriva, no entanto, que tal obrigação tenha ainda um caráter *moral*, assim como da tese que uma norma é juridicamente válida não deriva que ela é também moralmente justa. Se pensássemos em derivar logicamente uma obrigação moral da enunciação de uma obrigação jurídica, incorreríamos em uma falácia ideológica do mesmo tipo daquela operada por Bentham e por Austin, pois que derivaram a existência de uma obrigação jurídica (o ter uma obrigação de direito) daquela física (o ser necessitado de fato).¹⁹

Da simples afirmação de uma obrigação jurídica, de outra parte, se não podemos derivar logicamente sem violar a “Lei de Hume” a tese da existência de uma obrigação moral de adimpli-la, não podemos derivar nem ao menos esta tese com a contradição da inexistência de tal obrigação e tampouco, em caso de lei injusta, a tese contrária a ela da existência da obrigação moral de não adimpli-la. Todas estas três proposições são, de fato, proposições morais, derivadas apenas de outras teses morais sobre posicionamentos práticos em relação ao direito vigente segundo a sua validade ou invalidade e sua justiça ou injustiça, que requerem também, por sua vez, ser explicitadas e argumentadas em sede metamoral. Nesta sede, que é precisamente aquela – não teórico-jurídica, mas filosófico-

política – dos discursos (metamoraís e metapolíticos) sobre os fundamentos morais e políticos do direito positivo, é a estas teses que devemos voltar a nossa análise. Para tal fim é útil colocar o problema articulando-o em dois subproblemas: no que consiste (ou *ao que obriga*) a obrigação moral ou política de obedecer às leis, e quais sujeitos, num Estado de direito, são submetidos (ou seja, *quem é obrigado*).

2. “A que obriga” a obrigação política de obedecer às leis. Aporias lógicas e aporias políticas

Analizando o primeiro destes problemas, Norberto Bobbio distinguiu utilmente duas versões – que chamou ambas “ideológicas” segundo o amplo significado por ele associado a esta expressão²⁰ – da tese moral segundo a qual é moralmente obrigatório obedecer às leis apenas porque válidas: uma versão extremista, com base na qual tal obrigação é absoluta e incondicionada, e uma versão moderada, com base na qual ela é relativa e condicionada.²¹

A versão extremista é a da total confusão da moral com o direito e da justiça com a validade, que é típica das doutrinas autopoieticas do “Estado ético” e que Bobbio refuta como incompatível com o pensamento liberal e como fonte de degenerações totalitárias.²² Acrescento que uma semelhante tese equivale praticamente à negação da moral, dado que, de fato, exclui a legitimidade de critérios morais de juízo e de conduta distintos e concorrentes com aqueles critérios jurídicos: é, podemos bem dizer, uma tese política “*a-moral*”. A versão moderada, que Bobbio privilegia, é, ao contrário, a que associa ao direito não um “valor final” mas um “valor instrumental”, ou seja, aquele valor especificamente jurídico que consiste na garantia da ordem e da paz.²³ Segundo a primeira versão, a obediência deve ser incondicionada, dado que as leis válidas, quaisquer que sejam seus conteúdos, devem ser sempre consideradas, pela sua fonte e forma, também justas. Pela segunda versão, ao contrário, a obediência é duplamente condicionada: no sentido de que a obrigação moral de obedecer às leis supõe o reconhecimento da sua efetiva idoneidade à obtenção da ordem e, sobretudo, no sentido de que a ordem não é o valor supremo e vai, por isso, postposta quando entra “em conflito com outros valores, tais como a vida, a liberdade, a dignidade humana, de uma consciência moral jurídica superior”.²⁴ A obediência às leis seria, em suma, prescrita por uma norma moral, ou se se quisesse, política, de forma condicionada à sua coerência com outras normas morais de valor superior.

Qual é exatamente o sentido e o porte desta norma, e no que consiste a obrigação por ela instituída? Alessandro Passerin d’Entrèves e Uberto Scarpelli, que não seguem a distinção de Bobbio, forneceram uma caracterização totalmente formal de obrigação política, configurando-a como uma obrigação de “segundo grau” correspondente à série das obrigações jurídicas que ela intentaria convalidar, por assim dizer, “em branco”,²⁵ e por isso mesmo diversa das obrigações morais que não são mais em branco e se referem sempre ao mérito dos casos particulares. Tal obrigação derivaria daquela que Hart chama “aceitação” ou “ponto de vista interno” ao direito positivo e que seja Scarpelli como Passerin d’Entrèves interpretam como o fruto de uma adesão moral ou de uma escolha política em seu favor:²⁶ “a vigilância da nossa consciência moral” ficaria com base nela “suspensa”,²⁷ sendo plena “a escolha geral de renunciar às escolhas particulares diante dos particulares conteúdos que o direito positivo assumiu ou pode assumir”.²⁸ Seja Passerin d’Entrèves que Scarpelli reservam esta adesão e a obrigação política que lhe segue apenas aos ordenamentos liberais e democráticos, que são os únicos, no seu entendimento, a merecê-las.²⁹

Isto não exclui, no entanto, que a idéia de uma adesão moral ou política preventiva ao direito positivo, sobre a qual se fundaria a obrigação política, represente o traço característico do formalismo ético, que, como se viu nos parágrafos 16.3, 28.1 e 59.1, consiste na valorização *a priori* do ordenamento, seja apenas democrático e liberal, e na conseqüente identificação do princípio da legitimidade política com o princípio jurídico da legalidade. Em todo caso, a noção moderada da obrigação moral de obedecer às leis sustentada por Bobbio, que é a única moralmente aceita por quantos não compartilham concessões éticas e autopoieticas do direito e do Estado, não corresponde completamente a esta descrição, que adere antes à sua versão extremista. A obrigação em sentido moderado de que fala Bobbio é uma obrigação condicionada pelo fato de não conflitar com outros valores “que não a consciência moral jurídica superior”. Isto quer dizer que ela não é inteiramente uma obrigação formal, independente do conteúdo das leis, e tanto menos um “sonífero” da consciência moral ou um “cheque em branco” em favor do direito positivo,³⁰ mas ao mais uma obrigação semiformal, que pressupõe uma aceitação, por sua vez, condicionada pelo ordenamento do qual se presta a convalidar apenas aquelas normas que a nossa consciência moral reputa justas ou não particularmente injustas.

Esta concepção moderada da obrigação política, todavia, é, ao meu juízo, logicamente inconsistente. Até que ponto vale esta obrigação, e a que ponto começa a não valer? E o que mais, senão a consciência moral do obrigado, é habilitado a traçar os limites que vez ou outra separam a obrigação da não obrigação moral de obedecer ou mesmo da obrigação igualmente moral de desobedecer às leis? Me parece evidente que nenhum espaço – por definição, com base na segunda condição indicada por Bobbio – tem uma obrigação assim condicionada com respeito a leis que investem valores morais ou civis particularmente relevantes. Nestes casos, além da obrigatoriedade jurídica apoiada na eficácia dissuasiva da sanção, prevalecem sempre – no plano moral – valores superiores àqueles das ordens, ou porque com elas concorrentes ou porque com elas conflitantes. São estes valores, e não o valor da ordem, que justificam moralmente a obediência não menos que a desobediência: por exemplo, não é seguramente o valor moral da ordem ou da legalidade, mas aquele da vida, que prevalece, no plano moral, no caso de obediência à norma penal sobre homicídio; e não é o escasso valor associado à ordem, mas o valor da liberdade de opinião que prevalece no mesmo plano no caso de desobediência às normas sobre delito de opinião. As únicas leis para as quais pareceria relevante a obrigação moral de obediência são, quando muito, aquelas que prescrevem comportamentos escassamente relevantes ou totalmente indiferentes no plano moral. Passerin d'Entrèves dá o exemplo da vedação legal de estacionar: o “bom cidadão” se distinguiria do “mau cidadão” porque observaria a proibição legal além da vantagem de não pagar a multa, interpretando-a não como previsão de uma taxa (que o mau cidadão pagaria perdulariamente) mas como uma norma jurídica que para ele tem valor enquanto tal, pelo fato de ele ter aceitado de viver sob o ordenamento a que pertence.³¹

Duvido, entretanto, veementemente, que o “bom cidadão” que não seja obcecado pelo valor da ordem legal perceba uma obrigação legal, ao invés de apenas jurídica e conexa à sanção, diante por exemplo de uma vedação legal de trânsito absolutamente insensata (por exemplo, diante de um semáforo vermelho bloqueando um cruzamento deserto) ou mesmo em circunstâncias tais que a sua observância poderia comprometer outros valores (por exemplo, porque está levando um doente terminal ou ferido grave ao pronto-

socorro). Se a vedação legal é por ele entendida como sensata, a obrigação moral de observá-la será por ele admitida, mas apenas porque a entende razoável, sensata, e não em conflito com outros valores, porque lhe pareceria (não formalmente, mas substancialmente) injusto, sem válidas razões concorrentes, prejudicar aos outros com suas infrações. Em todos os casos, em suma, a “vigilância da consciência moral” e do espírito crítico, para quantos não tenham como consciência moral uma caixa vazia que se preenche o bel-prazer pelo direito positivo, não é mais induzida e sempre prevalece sobre a assim dita obrigação política. Na reorganização proposta por Bobbio, esta obrigação é, na realidade, a tal ponto relativa às valorações do obrigado, que chega a nem ser de modo algum uma obrigação: como diriam os juscivilistas, ela é uma *obrigação meramente potestativa* porque dependente da vontade mesma do obrigado (*si volam*).

3. “Quem é obrigado” a obedecer às leis. O ponto de vista interno dos juízes e o externo dos juristas

Portanto, a obrigação política ou é incondicionada ou não é propriamente uma obrigação. Numa concepção heteropoiética de direito, esta é, além disso, moral e politicamente aceitável apenas se condicionada, ou seja, meramente potestativa e, portanto, deonticamente inconsistente, ou mesmo inexistente; enquanto, se é incondicionada e portanto deonticamente consistente, isso se torna moral e politicamente inaceitável. Mas é concebível um ordenamento onde a ninguém incumba a obrigação política, além da jurídica, de obedecer às leis independentemente das suas pessoais valorações morais? E como são compatíveis o primado da moral e a sua separação do direito na consciência do singular cidadão com outro postulado do garantismo consistente, como outras vezes se disse, no primado do direito, e na sua separação da moral no exercício dos poderes públicos por parte de quem investiu no funcionamento prático do Estado de direito? O primeiro dos nossos subproblemas – aquele “a que obriga” a obrigação moral de obediência às leis – fica inevitavelmente ligado, se queremos sair deste dilema, ao nosso segundo subproblema: aquele de “quem é obrigado” moralmente e politicamente (e não apenas juridicamente) a obedecer às leis.

Uma obrigação desta natureza parece que deve incumbir seus juízes e mais genericamente seus funcionários de Estado, que são investidos por força da função pública de aplicar as leis. Para eles vale efetivamente a obrigação moral de obediência ao direito positivo decorrente de uma opção política, que, segundo uma caracterização de Scarpelli, equivale à aceitação do ordenamento e à assunção de seu ponto de vista interno. Esta opção foi por eles preenchida junto à função pública que decidiram escolher: à diferença dos cidadãos comuns, que não são como pensava Hegel “componentes do Estado” e nunca decidiram sujeitar-se às suas leis, os que são investidos de poderes públicos são, ao invés, “funcionários” que precisamente se comprometeram a isso. É próprio desta “sujeição à lei” o conteúdo garantista da obrigação política à qual se vinculam juízes e funcionários com o juramento de fidelidade à Constituição e às leis prestado por ato de posse das funções: uma auto-obrigação que seria tanto contrária ao modelo político do Estado de direito por quantos não detenham poderes, quanto, ao invés, deste é consequência, para quantos são titulares de poderes, sendo o modelo essencialmente um sistema de vínculos imposto a estes em tutela daqueles.

Para os juízes e funcionários, a obrigação política de observar a lei, identificando-se com o que há para aplicar, pareceria, portanto, incondicionada e inteiramente formal. É uma tarefa de consciência dos juízes e dos funcionários escolherem tornar impessoal tais

funções de poder e aceitar de fazê-lo em um ordenamento democrático e liberal ou em um totalitário; mas uma vez feita esta escolha, não é mais uma diferença de consciência, ao menos em um Estado de direito caracterizado por vínculos de estrita legalidade, aplicar ou não exatamente as leis. Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso. Esta é uma primeira (aparente) aporia de natureza moral do garantismo. O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral: a estrita legalidade, como se viu amplamente neste livro, exige moral e politicamente dos juízes que eles julguem apenas de forma jurídica e não também moral e politicamente, e apenas os fatos e não os seus autores.

Todavia, como se mostrou amplamente e do mesmo modo, este é apenas um modelo normativo ideal. A variada integração moral e política do direito produzida pelo poder judiciário de disposição é tanto inevitável quanto o sistema jurídico está distante do modelo de estrita legalidade. E, por outro lado, a obrigação jurídica (ou dever jurídico), antes mesmo que política, vale para o juiz apenas em relação às leis válidas além de vigentes: isto é, unicamente pelos parâmetros constitucionais com base nos quais ele, juiz, foi habilitado a validá-las, em espaços igualmente inevitáveis de autonomia moral e responsabilidade política. De fato, viu-se, em um Estado de direito caracterizado por uma Constituição rígida, por um desvio seja puramente fisiológico entre esta e a legislação ordinária, assim como pelo poder do juiz de excepcionar a inconstitucionalidade das leis ou quanto menos de interpretá-las no sentido constitucional, a obrigação política destes em relação às leis reputadas injustas é de modo algum rígida, sendo em nada rígida a sua obrigação jurídica por causa das aporias jurídicas do garantismo analisado no capítulo que precede. O formalismo ético, em suma, é sempre um biombo bem frágil à irresponsabilidade moral e política do juiz para as injustiças por ele cometidas em nome da *dura lex*. Um verdadeiro conflito de consciência entre direito e moral poderia, de fato, para o magistrado configurar-se apenas se os valores incorporados (não nas leis ordinárias, mas) na própria constituição do ordenamento, contrastassem com os seus valores pessoais e morais, obrigando-o a violá-los ou cumpri-los. Mas esta seria talvez uma razão moral suficiente para excluir como injustificada a sua escolha de tornar-se juiz.³²

Exceto os titulares dos poderes delegados para a aplicação das leis, nenhum outro sujeito, dentro do modelo aqui delineado de Estado de direito, pode se dizer obrigado “moralmente” a respeitar as leis. Certamente não se pode dizer que o sejam os juristas, que Uberto Scarpelli estranhamente assimila aos juízes com base em uma complicada concepção do positivismo jurídico segundo a qual os juízos sobre a validade das normas e a interpretação doutrinária das normas válidas suporiam, mesmo da parte da ciência jurídica, a aceitação política do direito positivo e a assunção de um ponto de vista a ele interno.³³ Contrariamente à mesma tese, os juristas não desenvolvem uma atividade jurídica de aplicação e produção do direito válido, mas apenas uma atividade cognoscitiva, seja meramente mesclada em momentos normativos seja diversamente influente sobre o comportamento dos juízes e às vezes dos legisladores; e esta atividade, a par de qualquer outra atividade cognoscitiva, parte de um ponto de vista necessariamente externo

ao objeto da investigação e não se submete, em qualquer caso, a imperativos jurídicos ou políticos, mas apenas a princípios metodológicos. Um jurista pode aceitar ou não moralmente as leis ou talvez os mesmos princípios constitucionais que estão na base do ordenamento que investiga, mas este não o impede nem deve impedi-lo de interpretar-lhe o significado, de aceitar-lhe a validade ou a invalidade e, em geral, de individualizar as antinomias e as lacunas do ordenamento.

Mas o ponto de vista da ciência jurídica é externo ao direito positivo mesmo num outro e bem mais premente significado, ligado ao caráter externo que nos modernos Estados de direito têm os valores fundadores do sistema. Destes valores, largamente desatendidos na prática efetiva e incluídos apenas imperfeitamente nas Constituições, é indispensável a análise e a explicação como critérios teóricos (e não apenas filosófico-políticos) de trabalho de interpretação e sistematização doutrinária do material legislativo. Um postulado seja metodológico que teórico daquilo que chamei “juspositivismo crítico” consiste no reconhecimento da dúplice divergência entre dever ser e ser *no* e *do* direito positivo e das diversas formas de incoerência e de ilegitimidade que lhe seguem: não somente (em função descritiva mais que crítica) da divergência interna entre validade e vigor, mas também (em função simplesmente crítica) da divergência externa entre princípios teórico-políticos fundamentais e parâmetros internos de validade que a estes se informam. É este postulado que a meu ver vale para orientar a função pragmática – não apenas cognoscitiva, mas também crítica e projetiva – do trabalho do jurista. Isso requer da dogmática jurídica a análise dos perfis de invalidade ou de ilegitimidade interna do direito positivo, e à teoria geral do direito a análise dos modelos teóricos e políticos fundadores – para além da sua concreta e imperfeita formulação constitucional – e dos conseqüentes perfis de ilegitimidade externa dos sistemas jurídicos que a eles remetem.

4. A incompatibilidade entre Estado de direito e obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis. Desobediência civil e resistência

Mais do que nunca se pode falar, no Estado de direito que aqui foi caracterizado, na existência de uma obrigação moral de obedecer às leis pelos simples cidadãos. Já se falou da inconsistência deontológica de uma obrigação formal condicionada. E se mostrou como a idéia de uma obrigação moral incondicionada e estendida também aos cidadãos supõe uma concepção ética e totalitária do Estado que exclui a autonomia da moral e requer uma conformidade em branco com o direito positivo. Acrescento agora que não tem nenhuma relevância para o nosso problema o fato de que o Estado em que é requerida a obediência e a adesão moral seja *apenas* o Estado de direito, liberal e/ou democrático e/ou socialista. Estas figuras – “Democracia”, “Liberalismo”, “Socialismo” e mesmo “Estado de Direito” – quando são usadas com a inicial maiúscula e agem como fonte de legitimação *a priori* e absoluta, se convertem, como a experiência ensina, no seu exato contrário; enquanto o seu significado, se não se troca ideologicamente o dever ser pelo ser, é apenas aquele dos modelos ou parâmetros normativos de legitimação externa, *a posteriori* e contingente, dos sistemas políticos e jurídicos que o informam.

Existem, pois, dois aspectos da questão que merecem ser analisados. O primeiro diz respeito ao problema já assinalado da relação entre efetividade do ordenamento no seu complexo e obrigação política (além de jurídica) dos cidadãos de obedecer às leis; o segundo diz respeito ao tema conexo da validade moral e da legitimidade política (não, obvia-

mente, jurídica) da não obrigação de obedecer e até mesmo, da obrigação de desobedecer às leis tidas por injustas.

O argumento principal e singular para sustento da tese moral de que o bom cidadão é obrigado moral e politicamente, e não apenas juridicamente, a obedecer às leis é que, na falta de tal obrigação, nenhum ordenamento, nem mesmo o mais aceitável e auspicioso, poderia se sustentar e funcionar.³⁴ De fato, se acrescenta, a todos os ordenamentos, especialmente se democráticos e, portanto, baseados no consenso da maioria, uma certa aceitação política e portanto uma obrigação moral, advertida à maior parte dos cidadãos, de observarem as leis.³⁵ Estas teses são empiricamente assaz discutíveis: não se deve confundir a adesão espontânea, que pode ser acrítica e apromblemática, com a adesão moral, ou pior, com o sentimento de obrigatoriedade moral.³⁶ Mesmo admitido, não obstante, que nenhum ordenamento se sustenta se não tem em qualquer forma ou medida a adesão moral dos cidadãos, que tal adesão e a obrigação moral conseqüente sejam pela maioria deles efetivamente e autonomamente prestadas ao ordenamento concreto do qual se fala, que este, enfim, seja por eles e até por nós considerado o melhor possível e em todo caso merecedor de reger e funcionar, não se pode de tudo isto inferir a obrigação moral de *cada* cidadão de aderir e obedecer às leis do próprio ordenamento. Todos estes são pressupostos de fato e não valores, e apenas por força de uma falácia naturalista se pode deduzir que “devem ser” plenamente satisfeitos. Melhor dizendo, eles são valores – incondicionados ou condicionados, absolutos ou relativos – apenas para quem deles compartilha, e talvez para a maioria, mas não decerto por todos: não o são, por exemplo, para as minorias revolucionárias que compartilham valores exatamente contrários. E se, após, esta minoria se torna maioria, pode acontecer que o ordenamento não se sustente, mas ainda isso será um fato, não um desvalor, e será, talvez, advertido como um bem ou valor de uma nova maioria.

Certamente podemos bem dizer que os ordenamentos democráticos são aqueles que gozam da adesão moral da maioria, entendida, contudo, segundo o nosso modelo de justificação externa, não como adesão *a priori* ao seu modelo normativo abstrato mas como adesão *a posteriori* ao seu efetivo funcionamento concreto. Mas estes ordenamentos se caracterizam, mais que pela adesão moral e política por eles prestada, pela não adesão moral e política por eles tolerada e legitimada. Eles se sustentam não sobre a obrigação da unanimidade moral, mas sobre a livre formação das maiorias e das minorias e sobretudo sobre a atenção de umas e outras, na ausência de soníferos morais, bem mais aos perfis de ilegitimidade do ordenamento que aos de legitimidade. Se isto é verdade, a obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis é completamente incompatível com a democracia. Podemos, se acreditamos que o justo ou oportuno que um determinado ordenamento deva ser conservado, advertir pessoalmente da obrigação moral, talvez incondicionada, de obedecer às leis porque tais, e ainda querer que tais obrigações sejam advertidas ao maior número possível de pessoas. Mas não podemos exigir moralmente que desta mesma obrigação seja advertida também pelos outros, ou seja, que a adesão moral por nós prestada e desejada seja moralmente obrigatória. O princípio moral da obediência, em suma, não é suscetível de ser universalizado. É visto que são morais, segundo a bem notada tese metamoral formulada por Richard M. Hare e que remete a Kant, apenas os critérios de conduta suscetíveis de serem universalizados,³⁷ isso não é decerto um princípio moral.

Pelo contrário, aquela que é uma norma moral é, na concepção heteropoiética do Estado de direito, o princípio normativo da desobediência com relação às leis que o contradi-

zem e comprometem os fundamentos de legitimação interna e externa do ordenamento. Se a propósito do Estado de direito queremos falar de um acordo pré-político, ou mesmo de um fundamento moral e político justificante, ele não reside no dever moral da obediência, mas no direito e nos casos extremos de um dever moral de desobediência até que as leis entrem em conflito radical com os valores “universais” e “fundamentais” sancionados nas Constituições. Isto, de resto, é o princípio que foi inserido nas primeiras Constituições e declarações de direitos, que, como observou Norberto Bobbio, têm a forma de “concessões”, mas a substância do “acordo”³⁸ com relação aos escopos que justificam e vinculam os poderes do Estado. “Quando um governo parece inadequado ou contrário a esses escopos”, diz o art. 3 da Declaração de Direitos da Virgínia, “a maioria da comunidade dispõe de um seguro, inalienável e indefectível direito de reformá-lo, de alterá-lo ou mesmo de aboli-lo, na forma que será julgada mais bem destinada ao bem público”; e o art. 29 da Constituição francesa de 1793 estabelecia: “Em cada governo livre, os homens devem ter um meio legal para resistir à opressão, e, quando este meio for impotente, a insurreição é o mais sacro dos deveres”.

Direitos e deveres deste tipo, como os vistos no parágrafo 52, não foram incluídos nas hodiernas Constituições apenas porque a ideologia normativa dominante na cultura juspositiva supõe *a priori* a efetividade dos mecanismos garantistas predispostos pelo Estado de direito para sancionar e remover juridicamente o poder ilegítimo e as normas inválidas.³⁹ Mas, o que dizer quando estes mecanismos ou “meios legais” são “impotentes” e de fato não efetivos, ou quando o conflito com valores fundadores se manifesta sobre temas constitucionalmente não previstos, como são hoje o extermínio nuclear ou ecológico? É claro que o direito e mesmo o dever moral de desobediência civil são nestes casos conseqüentes à rejeição do formalismo ético e à concepção heteropoiética do Estado. É de fato viciada pela falácia normativa a idéia, recordada no parágrafo 52.2, de que o direito de resistência seja incompatível com o Estado de direito porque neste o poder é vinculado à lei e as violações da lei por parte dos órgãos públicos são por sua vez punidas pela lei. Esta idéia troca o ser pelo dever ser, o funcionamento efetivo do ordenamento com o seu modelo normativo e ideal, e justifica a obrigação de obediência tendo em conta a normatividade, em vez da efetividade do direito. Enquanto é obviamente com referência à dimensão da efetividade – isto é, ao que sucede (ou não sucede) ainda que não devesse (ou devesse) suceder – que deve ser exercitada a escolha moral da resistência. “Quando não há um juiz sobre a terra”, escreveu Locke, “não resta nada além do apelo aos céus”.⁴⁰

Naturalmente a desobediência moralmente consentida ou devida é aquela que Bobbio chama de “desobediência condicionada” e que ele reputa semelhante à “obediência condicionada” às leis.⁴¹ Ela depende, em última análise, do juízo que a consciência moral e política de cada um dá autonomamente às leis injustas. E, todavia, uma vez reconhecido que uma lei está em conflito com os valores fundadores (“que a consciência moral julga superiores”), cada um tem a obrigação moral de desobedecê-las. Tratando-se de uma obrigação condicionada de forma potestativa à autonomia do juízo moral, ela vale apenas e tão-somente diante da própria consciência, e é, por esta razão, do mesmo modo não universal como aquela de não obedecer às leis; de modo que deverá falar-se, mais propriamente, não já do dever mas do “direito” ou, se esta palavra parece estranha à linguagem da moral, de “liberdade” de desobediência. Neste sentido, o direito (ou liberdade) moral ou político à desobediência é correlativo à obrigação política de obediência às leis, que incumbe, ainda que com suas aporias, aos funcionários investidos de poderes públicos. A separação entre direito e moral que está na base do Estado de direito assume assim duas

diversas e opostas valias axiológicas: enquanto *em nível institucional*, ela comporta a (relativa) autonomia do direito das opções pessoais ético-políticas de quem é incumbido de aplicá-lo, *em nível individual e social* elas consistem ao contrário na (absoluta) autonomia da moral do direito e das instituições.

Identificamos, assim, uma última (aparente) aporia moral do garantismo, que é conexa às aporias jurídicas e políticas antes assinaladas das margens irredutíveis de ilegitimidade jurídica e política do Estado de direito. O Estado de direito, segundo o modelo aqui ilustrado, não exige dos cidadãos nenhuma obrigação política, mas apenas a obrigação jurídica de obedecer às suas leis. Não exige adesão, mesmo que reconheçamos seu mérito. Este livro, por exemplo, exprime uma adesão moral e política ao Estado de direito; mas a razão desta adesão está precisamente no fato de que tal modelo não exige nenhuma adesão, tampouco ideal máxima, mas antes exige a não adesão a desobediência civil quando o funcionamento efetivo do ordenamento venha a conflitar com os valores morais e políticos tidos por fundamentais.

62. OS DIREITOS CONTRA OS PODERES

1. Estado de direito e poder mínimo. Micro e macropoderes ilegais ou extralegais

O primado do ponto de vista externo das pessoas sobre o interno do Estado não se manifesta apenas, negativamente, na autonomia moral e política dos cidadãos e na natureza jurídica apenas e não também ético-política da obrigação de observar as leis. Manifesta-se sobretudo positivamente na função normativa assinalada ao direito em relação aos poderes, sejam públicos ou privados. Esta função pode ser expressa com base na distinção operada no parágrafo 60.2 entre direitos fundamentais e poderes, generalizando as teses desenvolvidas no capítulo 6 em torno da função do direito penal e do modelo garantista do direito penal mínimo. Como a função utilitária e garantista do direito penal é aquela da minimização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na *minimização do poder*, de outro modo, absoluto: dos poderes privados, os quais se manifestam no uso da força física, no aproveitamento imoral ou injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; dos poderes públicos, os quais se exprimem nos arbítrios políticos nos abusos policiais e administrativos.

A técnica desta minimização é aquela já mencionada da igual garantia e maximização dos direitos fundamentais, e da correlativa limitação e funcionalidade das situações jurídicas de poder. A propósito, é necessário dissipar imediatamente um equívoco devido à própria falta, na nossa tradição teórica, da distinção aqui operada entre direitos fundamentais e situações de poder: os primeiros exercitados por atos improdutivos de efeitos e, portanto, por sua natureza não nocivos a terceiros; as segundas exercitadas por atos produtivos de efeitos na esfera jurídica alheia. Caso se acolha esta distinção, não é verdadeiro que toda lei, como escreve Bentham, limita a liberdade.⁴² Limitam a liberdade as leis que comprimem direitos fundamentais, como, por exemplo, as normas penais sobre delitos de opinião, ou de associação ou de reunião. Ao contrário, as leis emanadas sob a tutela de tais direitos limitam mais os poderes dos sujeitos mais fortes, em garantia das liberdades ou das expectativas dos sujeitos mais fracos. Assim, as leis da tutela do trabalho limitam os poderes dos patrões, ampliando correlativamente a liberdade e os direitos dos trabalhadores. As leis que disciplinam o crédito e a propriedade o fazem, de outro lado, nas relações

de poder entre credores e devedores e entre propriedade e coletividade. E ainda mais tipicamente o fazem, para impedir a violência entre particulares e a razão dos mais fortes, as leis penais e processuais informadas pelo sistema de garantias ilustrado neste livro. A função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade. Neste sentido, a liberdade – mas também a igualdade, no sentido de garantia de direitos fundamentais de todos – depende das leis, cuja função é aquela, indicada por Kant, de fazer conviver as liberdades de todos. E mais: as liberdades são destinadas por suas naturezas à convivência, e toda vez que uma liberdade atenta contra outra liberdade alheia, quer dizer que essa liberdade se converteu em poder.

A esfera do Estado de direito e das suas garantias é todavia limitada. Existem, inevitavelmente – e entre certos limites é melhor que existam mesmo – âmbitos de vida dela subtraídos. No parágrafo 25.1 distingi quatro hipóteses alternativas para o direito penal: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar, o Estado selvagem e o Estado disciplinar. Estas quatro hipóteses não prefiguram apenas as alternativas de abolição do direito penal. Elas configuram também, esquematicamente, as quatro formas, tampouco incompatíveis, de relações sociais e políticas de poder que se desenvolvem e convivem, de modo desregulado, fora, ou às vezes dentro das tramas do Estado de direito. A função garantista do direito não se realiza *nem por baixo*, em relação aos âmbitos da vida doméstica ou puramente privada, *nem por cima*, nas relações internacionais entre Estados. É sobretudo nestas sedes, infra e suprajurídicas, que permanecem e se desenvolvem *micropoderes* e *macro poderes selvagens*, que são, na realidade, as formas de poder mais descontroladas e ilimitadas das quais podem ser prejudicados e subvertidos os mesmos poderes jurídicos e a ordem global do Estado de direito. Inútil dizer que relativamente a tais poderes, extralegais ou totalmente ilegais, não se põe nenhum problema de obediência, nem política nem jurídica. Eles são poderes de fato, cuja simples existência testemunha, com frequência, a prevalência da força sobre o direito.

2. Micropoderes selvagens. As desigualdades substanciais

No parágrafo 60.2 caracterizei as situações jurídicas como aquelas que, à diferença dos direitos fundamentais, instituem ou convalidam situações de desigualdade jurídica e dão vida a relações jurídicas entre poderes e relativos deveres. Ao lado das situações jurídicas de poder e às relativas relações, se dão, contudo, também *poderes* e *sujeições extrajurídicos*: ou porque se desenvolvem entre funções e instituições jurídicas abandonadas à dinâmica substancialmente livre e descontrolada; ou porque se desenvolvem alheios a qualquer função ou instituição jurídica e de forma puramente extralegal ou ilegal. Fazem parte do primeiro gênero o poder do pai, ou do marido, ou do patrão ou do superior hierárquico que de fato se manifestam – com os conteúdos mais atípicos e às vezes ilegais – na família, nas relações conjugais, na disciplina da empresa, nos quartéis e casernas, nas escolas, nos hospitais, e ademais nas outras mil formas de dependência que se fundam nos aparatos burocráticos. Fazem parte do segundo gênero as prerrogativas, ainda mais atípicas e desreguladas, que se desenvolvem de fato e informalmente na vida civil e econômica: desde as relações entre casais às relações comerciais, das dependências e clientelismo político às diversas espécies de sujeição e opressão econômica, até às formas de poder e de relações abertamente criminais. Mesmo que seja impossível estabelecer um limite entre os dois gêneros, pode-

se dizer que o primeiro favorece formas de poder disciplinadas, o segundo, formas de poder selvagem. Violência, dinheiro, coações econômicas, carreiras, carismas, sujeições psicológicas formam em todo caso o cimento destas relações, onde a lesão do valor da pessoa pode advir à margem de qualquer garantia jurídica possível.

Tanto os *poderes jurídicos* quanto, sobretudo, os *poderes extrajurídicos* representam a base das *desigualdades* entre as pessoas. Os primeiros sustentam, como se disse no parágrafo 60.2, as *desigualdades jurídicas ou formais*; os segundos produzem aquilo que chamei de *desigualdades sociais ou substanciais*, bem mais profundas do que as primeiras, sendo estas incontroladas e tendentemente ilimitadas. Mesmo para os poderes privados vale de fato a tese, enunciada por Montesquieu para os poderes públicos, de que os poderes, na falta de limites legais, tendem a se acumular em formas absolutas.⁴³ Em todos os casos, existe um nexu biunívoco entre poderes, jurídicos ou não, e desigualdades, formais ou substanciais. O poder tem o específico efeito de produzir desigualdade, disparidade, ordenação, disciplina, relação de sujeição; e a desigualdade consiste em relações assimétrica de poder/dever e no sentimento de desigualdade das identidades próprias e daquele que as acompanha. Poderes e direitos fundamentais estão por isso na base das duas formas diversas e opostas de subjetividade: enquanto a igualdade produzida pelos direitos fundamentais é pressuposto da identidade dos sujeitos como pessoas e da sua livre comunicação baseada no respeito recíproco e reconhecimento como iguais, a desigualdade produzida pelos poderes jurídicos e não jurídicos forma o pressuposto da identidade dos sujeitos por meio das funções e das hierarquias por eles personificadas, como também das relações despersonalizadas e de recíproca alienação que mediante tais funções entre eles se estabelecem.⁴⁴

À diferença dos poderes jurídicos, os poderes extrajurídicos são, contudo, tendentemente absolutos. O grau de absolutismo que permanece em um sistema político, ainda que organizado nas formas do Estado de direito, é constituído precisamente pelos vários espaços de poder extrajurídico que se criam na sociedade civil fora do direito ou mesmo dentro das instituições jurídicas, com base em normas de *mera legalidade* que conferem poderes em branco simplesmente designando funções: de pai, de patrão, de dirigente e semelhantes. Podemos, pois, generalizar a tese, mais vezes enunciada pelo direito penal, do que o primeiro instrumento de delimitação e de depreciação dos poderes e das conexas desigualdades é a *estrita legalidade*, isto é, a predeterminação dos atos que de qualquer poder representam o legítimo exercício, como também dos seus pressupostos, das suas formas e dos seus efeitos. Naturalmente nenhum poder pode ser puramente jurídico, isto é, inteiramente predeterminado pela lei e totalmente privado de discricionariedade. Não o é, nem ao menos, bem sabemos, o Poder Judiciário, que mais do que todos deve sê-lo segundo o seu modelo teórico. Mas mesmo nos outros casos é uma questão de gradação. E é, de qualquer modo, uma garantia essencial que um poder, que por suas funções sociais não possa ser suprimido, seja, ao menos pela lei limitado.

O progresso daquela que chamei *democracia substancial* advém, portanto, não só mediante a expansão dos direitos e das suas garantias, como também por meio do alargamento do Estado de direito ao maior número de âmbitos da vida e de esferas de poder, onde também sejam tutelados e satisfeitos os direitos fundamentais da pessoa. São os poderes desregulados que desenvolvem no seu interior os principais “obstáculos de ordem econômica e social” que limitam “de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos” e de que o art. 3, *caput*, da nossa Constituição prescreve a “remoção”. O Estado paleoliberal, nascido da

confusão entre liberdade e propriedade e entre direitos e poderes, preservou o maior número destes âmbitos de intervenção do direito, reservando-os à “liberdade” do cidadão: antes de tudo, a fábrica, onde o direito não entrava; em segundo lugar, a família, sujeita ao absoluto poderio do pai e, de qualquer modo, às dinâmicas das relações de força interna; então os quartéis e casernas, os hospitais, os conventos, e toda a variedade conjunta de instituições totais que formavam, e em parte ainda formam, ordenamentos particulares dentro do ordenamento geral.

Pode-se dizer que qualquer reforma democrática de qualquer um destes mundos ocorreu por meio da introdução de limites e de obrigações legais aos poderes privados, de outro modo absolutos, e da instituição de uma tutela judiciária dos direitos fundamentais por eles ofendidos. Pense-se que nos Estados Unidos, em 1875, o único modo que um grupo de vizinhos pôde imaginar para pôr fim aos maus-tratos aos quais estava sendo submetida uma menina, por parte de seus genitores, foi o recurso às normas sobre a proteção dos animais;⁴⁵ e que ainda até há poucos anos, o Código Civil italiano conferia um verdadeiro poder penal aos pais, que se exercitava na reclusão dos filhos em estabelecimentos de custódia com base em seu não verificável juízo acerca da sua “má-conduta”.⁴⁶ Quanto às fábricas, o poder empreendedor foi, até à metade do século passado, praticamente absoluto; e houve um século de lutas operárias para conseguir sua limitação: das primeiras leis do século XIX sobre o horário de trabalho, sobre o trabalho noturno, sobre o trabalho de mulheres e crianças, aos vários vínculos introduzidos nos primeiros decênios deste século em tema de assistência, de seguro, de higiene e de prevenção dos acidentes, até às leis dos últimos decênios sobre dispensa apenas por justa causa e sobre a consolidação do estatuto dos direitos dos trabalhadores. Basta pensar nos partidos, que num tempo eram livres associações privadas e hoje, sempre mais, máquinas burocráticas, onde o despotismo interno se entrelaça com aquele político e para público externo.

É claro que o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, mesmo nestes âmbitos privados, exigem uma articulação do Estado de direito bem mais complexa do que aquela paleoliberal. Estes requerem não apenas limites e vínculos normativos em relação aos poderes do Estado, mas também limites e vínculos bem maiores do que aqueles hoje previstos, em relação aos poderes dos cidadãos. É também claro que tais vínculos não podem não ser por sua vez limitados, encontrando o limite das liberdades individuais com os quais os poderes privados estão normalmente estreitamente entrelaçados. Mas não há nenhuma razão, uma vez excluída a confusão com as liberdades, para que mesmo estes poderes não sejam como aqueles sujeitos à lei e subordinados ao respeito e à satisfação aos direitos fundamentais. Mesmo os poderes privados, em outras palavras, estão submetidos, como os poderes públicos, aos ônus da justificação e da legitimação, tanto formal quanto substancial. E ainda a sua minimização equivale à maximização da liberdade, e conseqüentemente da igualdade e do valor das pessoas, primado axiológico sobre o qual se funda o ponto de vista externo.

3. Macropoderes selvagens. Os “lobos artificiais” e a criminalidade dos Estados

A legitimação externa ou política do Estado, se disse, repousa essencialmente sobre a sua função de tutela dos direitos fundamentais do cidadão, a começar pelo direito à vida, que é garantido pela segurança interna e pela paz. Esta função, acrescentou-se, não se realiza senão de maneira perfeita: a ilegalidade de fato dos poderes públicos e a sua ten-

dência a se tornarem autônomos em relação às suas bases e funções sociais e, por outro lado, a permanência ou desenvolvimento dos poderes selvagens, tanto públicos quanto privados, tornam a legitimação externa e, nos Estados constitucionais de direito também a interna, sempre parciais, contingentes e condicionadas.

Mas há um outro e bem mais grave aspecto da crise de legitimidade política dos Estados ao qual é necessário, mesmo que apenas sumariamente apontar, se não por outro motivo, pela sua relevância penal. A vida e a segurança dos cidadãos são hoje, mais do que nunca, colocadas em perigo não apenas pela violência e pelos poderes selvagens dos particulares e, em nenhum caso por simples desvios ou ilegalidades de singulares poderes públicos, mas também, e em medida bem mais vistosa e dramática, dos Estados mesmos enquanto tais: guerra, armamentos, perigos de conflitos militares e, internamente, torturas, massacres, desaparecimentos de pessoas representam já ameaças incomparavelmente mais graves à vida humana. Se é verdade, como se diz, que a história das penas é mais infamante para a humanidade que a história dos delitos, uma e outra juntas não igualam, por ferocidade e dimensões, a delinquência dos Estados: basta pensar, para ficarmos no nosso século, nos horrores coloniais, nos genocídios nazistas, nos extermínios stalinistas, e em todas as várias formas de violência predominantemente ilegais com as quais os tantos Estados autoritários afligem hoje os seus povos. Em suma sucedeu, para retomar a imagem de Hobbes, que “este homem artificial que é o Estado”, nascido para domar e frear aqueles “homens lobos”, que são os *homens naturais*, freqüentemente se transformou em um *lobo artificial*. E os lobos artificiais se revelam tanto mais selvagens, incontrolláveis e perigosos que os homens naturais que os criaram para afiançar sua tutela.

Será útil distinguir criminalidade estatal interna e criminalidade estatal externa. A *criminalidade interna*, que se exprime nos delitos do Estado contra seus cidadãos, é, ao menos em via de princípio, um problema de direito penal interno: estabelecido que sob este contorno é imputável, propriamente, não ao Estado mas aos sujeitos que exercitam poderes estatais.⁴⁷ Uma semelhante criminalidade é, pois, sempre, além de certos limites, o sinal patológico da não efetividade e da impotência do direito interno para não dizer da decadência daquela garantia política mínima, da qual falarei no próximo parágrafo, que reside na fidelidade dos poderes públicos às leis penais do Estado. A divergência entre normatividade e efetividade se manifesta neste caso em duas direções: na criminalidade mesma, isto é, na não efetividade do direito penal, e na sua impunidade, isto é, na não efetividade do direito processual. Um sistema democrático dá sinais de vida se tenta ao menos evitar o segundo tipo de não efetividade: na Argentina, por exemplo, o primeiro sinal da renascida democracia foi a decisão, seja apenas em parte abortada, de processar os seus generais assassinos e torturadores.

Quais são, além do direito de resistência, os remédios para as lesões dos direitos fundamentais produzidas pela criminalidade e pela impunidade dos Estados mesmos que deveriam garanti-las? Quais defesas, em outras palavras, tem o cidadão do Estado “delinquente”, no caso de não efetividade em relação a ele do direito penal e processual interno? É este um problema de enorme envergadura sobre o qual se cansou longamente a ciência internacional.⁴⁸ Em teoria, o reconhecimento do caráter *fundamental* dos direitos vitais dos cidadãos diante dos Estados equivale, do ponto de vista externo, à afirmação do seu caráter *supravital* e portanto, internacional; onde, pois, tal reconhecimento seja por demais operado pelas Constituições e por elas acompanhado das auto-obrigações com referência aos princí-

pios de direito internacional – como ocorre, por exemplo, nos arts. 2 e 10 da Constituição italiana – isso equivale, além disso, do ponto de vista interno, à subordinação jurídica do Estado às normas e às sanções predispostas pelo direito internacional e pela violação de tais direitos. O verdadeiro problema, infelizmente, é o da não efetividade, por sua vez, das normas de direito internacional que deveriam tutelar as pessoas em face de seus Estados.

A não efetividade, de outra parte, é a característica mais frustrante do direito internacional enquanto diz respeito à *criminalidade internacional* dos Estados: guerras, incursões, invasões, testes de armas perigosas, ameaças nucleares e semelhantes vêm de tudo impotentes os organismos internacionais prepostos à paz e desmentem a todo instante as convenções internacionais, a começar por aquelas sobre os direitos fundamentais. Pela primeira vez na história se delineou neste século o risco da destruição da humanidade por efeito de conflitos atômicos, talvez não queridos e simplesmente não prevenidos pelo incerto equilíbrio do terror. Este risco, provindo dos Estados, que são “artífices” queridos pelo homem para a tutela de sua vida, representa uma negação radical da sua legitimidade ou quanto menos da legitimidade de sua absoluta soberania.

Sob ambos os aspectos – da criminalidade estatal interna como da externa – é o problema da soberania que exige hoje ser repensado como banco de prova de caráter auto ou heteropoiético da concepção do direito e do Estado. Apenas uma doutrina política autopoiética pode admitir uma soberania diretamente dos Estados, ao invés dos povos dos quais aqueles, segundo paradigma de sua justificação externa, são os instrumentos. Dentro de uma concepção heteropoiética, baseada no primado dos direitos fundamentais e no ponto de vista externo por eles expresso, falar de soberania estatal é, ao invés, um contra-senso. No plano jurídico, de outra parte, a alternativa entre *soberania estatal* e *soberania popular* é resolvida, pela maior parte das Constituições modernas, em favor da segunda. “Nós, povo dos Estados Unidos”, diz a Constituição americana de 1787, “decretamos e estabelecemos esta Constituição”. “Os representantes do Povo Francês”, proclama por sua vez a Declaração de 1789, “estabelecem em uma solene Declaração os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”.⁴⁹ “A soberania pertence ao povo”, declara enfim o art. 1 da Constituição italiana. E afirmações análogas se encontram em quase todas as principais Constituições hodiernas: da alemã à japonesa, da espanhola à portuguesa, da soviética à chinesa.⁵⁰ O primado dos povos sobre os Estados, ou seja, do ponto de vista externo sobre o interno, não é, portanto, no Estado de direito, uma simples opção política. É antes uma tese jurídica que se funda sobre o princípio, apenas constitucionalizado, da soberania popular, e sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais.⁵¹

Sucedeu todavia na cultura jurídica que tanto quanto a soberania popular é assumida como um fato destituído de maiores implicações para os fins do direito público interno, do mesmo modo ela é de fato obliterada e substituída pela soberania dos Estados no direito internacional. No cenário internacional sempre compareceram, apesar de todas as Constituições, não os povos, mas os Estados, ou se se preferir, os Estados na representação dos povos.⁵² E a mesma comunidade internacional é configurada, comumente, não como uma comunidade de povos mas uma comunidade de Estados. Obviamente uma semelhante configuração é de todo verdadeira se assumida como *descritiva*. Mas é de todo inválida, porque o contraste é com a maior parte das Constituições e com a mesma Declaração universal das Nações Unidas,⁵³ se assumida ainda como *normativa*, isto é, como princípio jurídico de direito interno ou de direito internacional.

Em todo caso não é difícil reconhecer, na comunidade dos Estados dos quais é *de fato* formada a comunidade internacional, as mesmas características de insegurança, de guerra interna, de falta de liberdade e de desigualdade que se apresentavam a Hobbes na sociedade inglesa do século XVII, quando teorizou a necessidade do Leviatã, de modo a pôr fim ao *bellum omnium* e garantir a paz (*interna*) e a vida dos homens por força de sua renúncia à sua natural e selvagem liberdade. Analogamente, mesmo na sociedade internacional dos Estados, a insegurança de todos, gerada pela possibilidade de guerra nuclear, a falta de liberdade das pessoas que vivem sob regimes despóticos, a desigualdade dos países pobres, a incerteza da sobrevivência desta mesma humanidade pelo risco de catástrofes atômicas ou de outros irremediáveis desastres ecológicos conferem à paz (*externa*) o caráter de uma carência indefectível e de valor fundamental. Direi ainda que mais que diante de uma analogia estamos hoje de frente a uma dramática realização da hipótese hobbesiana. A idéia de um antigo estado de natureza contraposto ao *bellum omnium* – que até ontem foi sempre uma simples hipótese filosófica, e não histórica, um argumento lógico e não empírico – modificou hoje a realidade na sociedade selvagem dos Estados e no conflito, latente ou explícito, que nessa opção as grandes e pequenas potências como sujeitos ilimitadamente soberanos. O mesmo Hobbes, de resto, era totalmente lúcido e consciente: “Pode-se porventura pensar que nunca existiu um tal tempo, nem uma condição de guerra como esta, e acredito que jamais tenha sido geralmente assim, no mundo inteiro. (...) Mas mesmo que jamais tivesse havido um tempo em que os indivíduos se encontrassem numa condição de guerra de todos contra todos, de qualquer modo em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos no outro; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra”.⁵⁴

A sociedade internacional dos reis e dos Estados, dizia, portanto, Hobbes, há três séculos, é uma sociedade selvagem. E os seus “homens artificiais”, após terem pacificado e domesticado os humanos “lobos naturais” para protegê-los de suas recíprocas agressões e intemperanças, correm o risco, de voltarem-se contra eles como “lobos artificiais” e de lhes ameaçar-lhes, pela lógica da potência ou do medo de que são animados, a geral sobrevivência. Nestas condições, é precisamente a soberania estatal, isto é, o hodierno equivalente da liberdade selvagem dos homens no estado de natureza, que representa uma fonte permanente de perigo e que deve ser negada em nome do valor normativo da soberania popular. Se foi possível e legítimo limitar a liberdade natural dos homens para proteger os direitos fundamentais, bem mais legítimo é limitar, em nome do caráter supra-estatal destes mesmos direitos, aquela liberdade artificial dos Estados que é a sua “soberania”, uma vez que ela contravenha ao fim da paz, para a qual, como escrevia Hobbes, foi instituída.⁵⁵ De resto, não são apenas as guerras que ameaçam hoje a sobrevivência dos homens. O risco de catástrofes ecológicas, a independência econômica, tecnológica e cultural de todos os povos, a multiplicação dos escambos e das comunicações em ordem à violação em todo o mundo dos direitos fundamentais põem na ordem do dia, como uma necessidade exatamente idêntica àquela que justificou o velho Estado nacional, uma urgência de um novo contrato idôneo a fundar um *Estado de direito internacional*, baseado na igualdade dos povos e na sua finalidade de paz e geral segurança.

As formas desse novo contrato podem ser as mais diversas, mas passam todas pela negação ou quanto menos pela limitação da soberania dos Estados e utilização do direito, que é por sua natureza um instrumento de paz. Elas vão do sonho kantiano de um Estado federal mundial e de um “direito internacional cosmopolita”⁵⁶ ao mais simples e realista reforço do atual direito internacional: quanto menos obliquamente haja a instauração de um *Código Penal internacional* que consinta a repressão, com sanções apoiadas por uma força adequada, dos crimes tanto internos quanto internacionais perpetrados pelos governantes. É certo que uma semelhante perspectiva parece hoje difícil e distante. Mas seria um primeiro passo se ela fosse aceita, ao menos pela cultura jurídica e política, como um “dever ser”: isto é, como uma hipótese normativa imposta juridicamente, além de politicamente, pelo princípio da soberania dos povos e dos valores da paz e dos direitos fundamentais universalmente reconhecidos.

63. GARANTISMO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

1. Falácia política e falácia garantista

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. É este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão.

Neste livro desenvolvi predominantemente uma crítica daquilo que chamarei de *falácia politicalha*: isto é, da idéia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimá-lo e neutralizá-lo. À parte a falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma *falácia garantista*: isto é, a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Se a primeira falácia é um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valorização *a priori* do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo entre os juristas.

Não é difícil reconhecer nas duas falácias a expressão de outras tantas ideologias idealistas, viciadas ambas pela indevida derivação do ser desde o dever ser. A despeito disso, se a primeira dessas ideologias é uma variante tosca do mais criticado juspositivis-

mo ético, a segunda é uma variante do juspositivismo dogmático normativista, e se exprime em uma série de confusões livrescas, entre normatividade e efetividade do direito: a leitura da realidade *sub specie iuris*, que induz o jurista a trocar a imagem legal do ordenamento com o seu funcionamento real e a vacilar na ilusão de que o sistema jurídico seja uma representação do sistema político e social. Disto deriva uma atitude contemplativa em relação às normas jurídicas, assumidas não apenas como normativas, mas sim como descritivas de relações jurídicas efetivas. Este vício intelectual é em grande medida latente em todos os setores da cultura jurídica. Pense-se na mistificação operada pela ciência penal quando teorizada como tese empírica em vez de axiológica, do monopólio penal e judiciário da violência institucional e por essa razão esquecendo as práticas não liberais e às vezes ilegais da polícia, assim confundindo a imagem normativa do direito penal com a técnica de tutela dos direitos fundamentais e de minimização da violência com o seu funcionamento efetivo, repleto de omissões e distorções emaranhadas. Ou mesmo se pense no direito público, tanto constitucional quanto administrativo, e a ilusão tipicamente normativista sugerida por grande parte da dogmática juspublicista de que o funcionamento real da máquina estatal poderia ser descrito e conhecido ilustrando-lhe o dever ser jurídico, isto é, o conjunto das normas que o regulam; e por esta razão, à reconsideração deste conjunto de normas, a começar pela Constituição, com todos os seus princípios e direitos, como imagem real das instituições públicas. É evidente, nestes casos, a violação da Lei de Hume: do dever ser do direito, que é normatividade das relações sociais, deriva o ser de tais relações; da imagem jurídica e ideal da realidade deriva a sua representação empírica ou fática. O resultado é a incompreensão científica, a mistificação ideológica e a legitimação política do existente. A ótica jurídica pela qual é lida a realidade acaba por concluir como inviáveis a consciência e a crítica não apenas dos fatos regulados, mas também do mesmo direito vigente, do qual impedem de colher de um lado os traços da não efetividade das normas de nível superior, e de outro os traços da invalidade das normas de nível inferior.

Contra semelhantes ilusões, a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada. Contrariamente, escreveu Vittorio Emanuele Orlando, “nenhuma pessoa de bom senso crerá que uma simples mudança de uma ou mais leis poderia bastar para que o cidadão inglês do século XX venha a encontrar-se, em face de seu soberano, na mesma condição dos súditos do imperador de Uganda”.⁵⁷ É este substrato político, material e cultural do direito – feito da lealdade das forças políticas em relação às regras do jogo, de sentimento dos cidadãos dos próprios e outros direitos, de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento – que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias *externas*, não menos importantes do que aquelas *internas* ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais.

2. Garantias políticas e garantias sociais. A luta pelos direitos

“Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères

de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français". Esta norma, com a qual se fecha a Constituição francesa do ano III, enuncia de maneira solene dois tipos de garantias externas – a garantia política da “fidelidade” dos poderes públicos e a garantia social da “vigilância” dos cidadãos – sobre as quais repousa a efetividade das garantias internas ou jurídicas e com elas o Estado de direito e a democracia.

A *garantia política* da “fidelidade” dos poderes públicos consiste no respeito por parte destes à legalidade constitucional e, antes de tudo, aos direitos fundamentais. É claro que na sua falta o direito não é efetivo e as garantias jurídicas são impotentes. Os seus pressupostos são múltiplos e variados: a participação popular; o pluralismo institucional expresso pela divisão dos poderes e pelo seu respectivo controle; o pluralismo político assegurado pela multiplicidade de partidos e de pontos de vista externos por estes representados; a coincidência entre as sedes legais e as sedes reais do exercício dos poderes; a publicidade das decisões e dos procedimentos e a sua visibilidade externa; o controle político e judiciário sob os aparatos administrativos e sob os corpos policiais e militares; o monopólio penal, enfim, do uso da força. Há, contudo, um outro pressuposto, de ordem cultural e deontológica, ao qual acenei no parágrafo 55.3 a propósito da jurisdição, mas que tem um caráter geral: a adoção, por parte dos mesmos titulares de funções públicas, daquilo que chamei de “ponto de vista externo”, e, portanto, de um lado, a gestão do poder não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de tutela e satisfação dos direitos fundamentais, e de outro a clara consciência das suas margens irredutíveis de ilegitimidade jurídica e política, para a sempre presente diversidade entre dever ser normativo e ser efetivo. Na Constituição italiana existe uma norma que impõe expressamente este ponto de vista como horizonte axiológico dos poderes públicos, reclamando as dimensões de não efetividade do princípio da igualdade e as conseqüentes margens de ilegitimidade do ordenamento todo: “É tarefa da República”, diz o art. 3, *caput*, “remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”.

Esta norma é em grande parte ignorada pela cultura jurídica do nosso país. O que mais conta, pois, o reclamo quanto à não efetividade dos direitos e a sua valorização do ponto de vista externo não teve, de fato, qualquer ressonância axiológica nem ao menos deontológica na cultura e na prática do nosso meio político e administrativo. Parece um destino comum a todas as máquinas políticas – não apenas às instituições estatais, mas também às burocracias dos partidos e dos sindicatos – alhearem-se de suas bases sociais, perderem a sua própria função de instrumento para finalidades externas, assumir a si mesmas como fins e valores.⁵⁸ De outra parte, o sistema político italiano repentinamente, nestes últimos anos, entrou num processo de isolamento e de autonomia para qual têm contribuído fatores múltiplos que aqui é impossível apenas apontar: a emergência do terrorismo, a crescente burocratização e homologação dos partidos e sindicatos, a crise de sua capacidade de representação das demandas sociais e de mediação dos conflitos, a concentração oligopolista da informação e a sua penetração e entrelaçamento com os partidos, o ocaso, enfim, das perspectivas passadas de transformação. Este fechamento, como sempre ocorre, produziu a crise de legalidade e das garantias jurídicas assinaladas no capítulo 12 e até mesmo fenômenos de infidelidade constitucional, manifestados no desenvolvimento de tramas subversivas e de tentativas golpistas. Mas foi, também, causa, mais do que efeito,

do enfraquecimento dos movimentos e dos conflitos sociais que do direito e da democracia representam a garantia em relação a todas as outras basilares.

É precisamente esta *garantia social* a condição de efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas. A sua definição mais eficaz é aquela oferecida pelo art. 23 da Constituição francesa do ano I: “la garantie sociale consiste dans l’action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale”. O seu fundamento pode ser identificado pelo sentimento que têm quaisquer dos próprios direitos fundamentais: que quer dizer o sentido da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão. Este “amor próprio” equivale à assunção subjetiva daqueles valores da pessoa que pusemos na base dos direitos fundamentais. E constitui, com paradoxo aparente, o pressuposto cultural do sentido da igualdade, como também da solidariedade e do respeito civil de outras identidades da pessoa. O sentimento dos próprios direitos fundamentais – toda outra coisa, como visto, dos próprios “direitos-poderes” – equivale, justamente pelo seu caráter universal, igualitário e indivisível, ao sentimento dos direitos fundamentais de outros, e por esta razão ao reconhecimento dos outros como pessoas, dotadas do mesmo valor associado à própria pessoa.

É deste amor próprio jurídico que deriva a disponibilidade de cada um para a luta pela defesa e a atuação dos direitos vitais próprios e de outros, ou ainda pela própria (ou por outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar. Por isto, em um áureo livro de 1872 intitulado *A luta pelo direito*, Rudolf Jhering reconhecera em uma semelhante luta “um dever da pessoa para consigo mesma”⁵⁹ e, ao mesmo tempo, “para com a comunidade”.⁶⁰ Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e a sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo, ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a conseguinte valorização da pessoa. Um direito não exercitado ou não defendido é destinado a caducar e, ao fim, sucumbir. Da liberdade de pensamento e de imprensa aos direitos políticos, da liberdade pessoal aos direitos sociais, a efetividade dos direitos da pessoa não é mais garantida de uma vez por todas como graciosa concessão jurídica, mas é toda vez efeito do cotidiano e, às vezes, de custosas conquistas.

Entendida neste sentido, a luta pelo direito acompanha todos os momentos da vida dos direitos: não apenas a sua conservação, mas também a sua fundação ou transformação. A sua manifestação mais extrema é o exercício do direito de resistência, que representa ao mesmo tempo, com paradoxo aparente, uma negação do direito vigente e uma garantia externa de efetividade do direito válido: rebelar-se é justo quando é injusta a lei, mas é também juridicamente legítimo, como visto, até que os poderes públicos violem os direitos fundamentais, e os meios e as garantias legais se revelem ineficazes para sancionar a invalidade. Então, o “direito” torna a ser “fato”, relação de força, e inicia a re-fundação de um novo direito. Mas também quando não chega à ruptura pelo exterior do direito vigente, toda luta em defesa dos direitos violados ou insatisfeitos é uma luta de resistência; e sempre se serve, como instrumento de ação e de comunicação social, de outros direitos fundamentais: da liberdade de opinião à liberdade de associação, da liberdade de reunião ao direito de greve.

De outra parte a luta pelos direitos não apenas é um instrumento de defesa dos direitos violados. É também lugar e momento de elaboração e reivindicação de novos direitos, pela tutela de novas carências individuais ou coletivas. Pode-se tranquilamente afirmar que não houve nenhum direito fundamental, na história do homem, que tivesse caído do

céu ou nascido de uma escrivaninha, já escrito e confeccionado nas cartas constitucionais. Todos são fruto de conflitos, às vezes seculares, e foram conquistados com revoluções e rupturas, a preço de transgressões, repressões, sacrifícios e sofrimentos: primeiro, os direitos à vida e a garantia do *habeas corpus*, depois a liberdade de consciência e de culto, sucessivamente a liberdade de opinião e de imprensa, mais recentemente a liberdade de associação e reunião, e por fim o direito de greve e os direitos sociais. Há um sentido no qual os direitos fundamentais não são “universais”: eles não são reconhecidos e reivindicados nem em todos os tempos nem em todos os lugares. Ao contrário, são o fruto de opções e a expressão de carências historicamente determinadas e, sobretudo, o resultado de lutas e processos longos, disputados e exaustivos.

Estes processos, estas lutas, não se exaurem apenas em ações individuais. Ao contrário, são, sobretudo, processos e lutas coletivas, expressas pelos movimentos de massa ou, ainda, por todo o povo. Isto vale para os clássicos direitos de liberdade, mas vale também mais para os direitos sociais, do direito ao trabalho ou à saúde àqueles à tutela do ambiente, à paz e à autodeterminação; e vale inteiramente para os direitos políticos e sindicais, da liberdade de reunião e associação ao direito de greve, que são direitos individuais exercitados coletivamente. Existe, a despeito disso, um nexo entre subjetividade pessoal, seja *individual* quanto *coletiva*, e luta pela defesa ou conquista de direitos fundamentais. Pode-se dizer que como a identidade e o valor de um indivíduo como pessoa provêm dos seus direitos fundamentais e da luta pela sua atuação, assim um povo ou um movimento conquistam identidade e valor de sujeitos coletivos enquanto lutam para a afirmação de direitos fundamentais; e que inversamente uma luta tem valor universal enquanto assinala e reivindica um direito fundamental insatisfeito, porque violado ou porque não reconhecido. É esta, me parece, a principal diferença entre os movimentos de massa e as multidões, e, por outra faceta, entre as lutas de liberação e as corporativas, ou pior, em defesa dos interesses ou culturas baseadas na opressão ou no privilégio. Há, contudo, uma segunda diferença, conexas com a primeira: o fato de que a subjetividade social dos movimentos não apenas não se põe em contraste com a dos indivíduos que dela fazem parte, mas é ela mesma um fator de identidade. Neste sentido, não existem povos, ou movimentos ou sujeitos coletivos dignos deste nome que não se fundem sobre a solidariedade e sobre a comunicação entre sujeitos que se reconhecem como pessoas. Se é verdade que os direitos fundamentais reúnem, enquanto as situações de poder dividem, isto que caracteriza um sujeito coletivo, diferenciando-o de uma parada militar muito aplaudida e disciplinada ou, por outro ângulo, de um grupo de poder, é a “comunhão” entre pessoas e a sua comunicação social com base nas iguais liberdades por todos exercitadas e a todos igualmente reconhecidas.

3. Garantismo, mudança jurídica e democracia direta

Se as lutas pelos direitos são o veículo necessário mediante o qual se afirmam necessidades vitais insatisfeitas, é essencialmente graças a elas que se produzem as mudanças progressivas na esfera do direito positivo: do reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais à elaboração de novas garantias legais para os direitos já reconhecidos, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já garantidos. E é precisamente nesta capacidade de mudar ou de influenciar a legislação, a jurisdição, o governo e a administração que consistem a força e o sucesso de uma luta social; por outro lado, é signo de esterilidade ou de fraqueza a sua falta de saídas,

ou pior, de objetivos institucionais, idôneos a garantirem e a estabilizarem as instâncias em formas jurídicas positivas.

Sob esta base é possível integrar a nossa definição de forma e de conteúdos da democracia, formulada no parágrafo 57.4, com uma redefinição do método que garanta sua efetividade. A “*democracia*” é o regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais. Legitimando e valorizando igualmente todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os exprimem, ela legitima a mudança por meio do dissenso e do conflito. Este nexo entre democracia e conflito é biunívoco. Não apenas a democracia garante a luta pelos direitos, mas estes garantem, por sua vez, a democracia: uma oferece às outras os espaços e os instrumentos jurídicos, que são essencialmente os direitos de liberdade; as outras asseguram aos direitos e à democracia os instrumentos sociais de efetiva tutela e alimentam-lhe o desenvolvimento e a realização. Eis uma confirmação, *pelo contrário*, da intolerância por todas as formas de conflito e a conseqüente não efetividade dos direitos fundamentais nos regimes totalitários: onde quer que o Estado se assuma como expressão orgânica da sociedade e diretamente depositário de fins e valores, fica claro que este não pode não excluir os antagonismos políticos e sociais e as conseqüentes mudanças como outros tantos desvalores e atentados à sua existência.

De outra parte, a luta pelos direitos não é apenas uma garantia de efetividade da democracia. É, além disso, ela mesma forma de democracia política, paralela àquela institucional e representativa. Precisamente, consistindo na prática organizada e coletiva dos direitos de liberdade, realiza sempre formas de poder, ou se se preferir, de contrapoderes sociais, sob a forma de *democracia direta*. É claro que a liberdade, mesmo exercitada individualmente, equivale sempre a formas de contrapoder. Mas apenas se exercitada coletivamente, dá vida a contrapoderes sociais baseados na direta e igual participação dos seus titulares, e por essa razão, dotados de forças de pressão, de negociação e de controle em condições não apenas de orientar os poderes institucionais à satisfação dos direitos reivindicados, mas também de impedir-lhes as degenerações autoritárias. Sem uma semelhante força social externa ao sistema político, nenhum poder institucional pode restar, no longo prazo, imune de tentações e degenerações autoritárias. Por mais aperfeiçoadas que sejam as formas jurídicas da democracia representativa e do Estado de direito, estes são impotentes, de per si, para vincular os poderes públicos e privados e para sempre impedir que eles – mediante rupturas evidentes ou regressões latentes – se acumulem de forma absoluta e se rendam às carências e aos correspondentes direitos.

Isto quer dizer que a democracia é o fruto de uma constante tensão entre poder político-representativo, que se identifica com o Estado, e poder social-direto, que se identifica com o exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição. Entendidas neste sentido, “*democracia representativa*” e “*democracia direta*” não constituem dois modelos alternativos de democracia, mas são, ao invés, uma o sustento da outra. Na ausência de democracia direta, a democracia representativa pode valer-se apenas de um consenso vazio e passivo, além do que exposta a todas as possíveis aventuras e perversões. Na ausência de democracia representativa, a democracia direta é destinada a voltar-se sobre si mesma, reproduzindo no seu interior as formas de representação e sucumbindo no longo prazo por defeito das garantias jurídicas e políticas.

Por isto é vã, além de fonte de êxitos autoritários, cada tentativa de exorcizar qualquer das duas formas de democracia em nome de outra: o desagrado pelas experiências de democracia direta que tomam forma nos conflitos e nas dinâmicas sociais é na realidade o desagrado por estes mesmos conflitos e dinâmicas, e assinala o sonho regressivo de um sistema político autoritário, autocentrado e autofundado; o desagrado pelas formas da democracia representativa equivale, na realidade, ao desprezo pelas garantias jurídicas e exprime a utopia, por sua vez regressiva, de um sistema social auto-regulado e autodisciplinado. O nexo funcional entre as duas democracias recalca, na realidade, aquele entre outros pares de categorias que utilizamos na nossa análise do garantismo: aquela entre direito positivo e direitos fundamentais ao estado natural ou nascente; entre direito e sociedade; entre direito e moral, ou entre validade e justiça; entre meios e fins; entre ponto de vista interno e ponto de vista externo. A ruptura destes nexos ou, inversamente, a confusão dos seus termos dentro de concepções holísticas do Estado ou da sociedade, são as duas estradas pelas quais são sempre conduzidos os regressos e insucessos da democracia. Defendê-los, equivale, ao invés, a perseguir um modelo de democracia por definição imperfeito e difícil, e, todavia, passível de perfeição, porque permanentemente ancorado na vontade e nas carências vitais dos homens.

NOTAS

⁽¹⁾ J. Locke, *Secondo trattato*, cit., IV, par. 22-23, p. 255-256. Analogamente, Romagnosi: “É absurdo dizer que o homem entrando em sociedade renuncia à sua independência natural” (*Assunto primo della scienza del diritto naturale*, Piatti, Firenze, 1832, III, p. 53; *ibidem*, p. 54-55). Sobre a parcialidade não apenas de Locke mas também de Hobbes e Spinoza, da renúncia dos direitos naturais na passagem do estado de natureza para o Estado civil, cf., *supra*, a nota 41 do capítulo 13.

⁽²⁾ No jusnaturalismo contratual, ao invés, a igualdade foi apenas afirmada como um “fato” (natural) e justamente por isto – por uma falácia naturalista que é típica de todo o jusnaturalismo – derivada como um “valor”: basta recordar as concepções de igualdade em T. Hobbes, *De cive*, cit., I, 3, p. 83-84; *idem*, *Leviatano*, cit., XIII, p. 99 e ss.; *idem*, *Elementi di legge naturale e politica*, cit., parte I, cap. XIV, par. 2 e 3, p. 109-110, que deriva o princípio da igualdade da semelhante capacidade dos homens de negarem-se à vida; e em J. Locke, *Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 4-5, p. 239-241, que o deriva do fato de que os homens são “criaturas da mesma espécie e do mesmo grau, nascidas, sem distinção, com as mesmas vantagens de natureza, e com uso das mesmas faculdades”. Mas é mesmo este alicerce falacioso da natureza que deixa frágil o princípio da igualdade como “norma” ou “valor”, expondo-o a ser renegado toda vez que se negue a igualdade como “fato”. Assim, por exemplo, isto consente a Locke de derivar a desigualdade em via excepcional, “se pelos defeitos que podem verificar-se fora do curso ordinário da natureza qualquer um reencontra tal grau de razão no qual se possa considerá-lo capaz de conhecer a lei” (cap. VI, par. 60, p. 283), ou mesmo, de modo geral, sobre a base de uma diferenciada interpretação da natureza humana segundo a qual “é sabido por todos que o engenho humano varia de um para outro e que alguns são por natureza tão superiores aos outros que não há potência de arte ou força de habilidade que possa deixar uns capazes de fazer aquilo que os outros cumprem sem esforço e desgaste; a desigualdade natural vem antes entre os homens educados do mesmo modo” (*idem*, *Of the conduct of the understanding* (1697), trad. it. de E. Cipriani, *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, Carabba, Lanciano, 1933, cap. II, p. 60); para não falar da concepção lockeana do delinquente como “criatura nociva” e “degenerada” com referência aos “princípios da natureza humana”, que, “tendo renunciado à razão (...), pode ser destruído como um leão ou um tigre, isto é, como uma daquelas feras com as quais os homens não podem se associar ou se garantir” (*Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 10-11, p. 245-246). Há, contudo, uma passagem de Hobbes na qual a idéia da igualdade como “norma” ou “valor” é modernamente contraposta àquela da desigualdade como “fato”: “Ou admitimos que pela natureza os homens são iguais entre si, e então carece

reconhecer a igualdade; ou admitimos que sejam desiguais, e, então, pois que logo se meteriam a brigar entre si para subjugarem-se, é necessário, para reencontrar a paz, que sejam considerados iguais” (*De cive*, cit., III, 13, p. 119-120). Ainda mais lucidamente a mesma tese é expressa em J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., I, 9, p. 58-59: “C’est qu’au lieu de détruire l’égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d’inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit”; *ibidem*, II, 11, p. 89: “Cette égalité, disent-ils, est une chimère de spéculation qui ne peut exister dans la pratique. Mais si l’abus est inévitable, s’ensuit-il qu’il ne faille pas au moins le régler? C’est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l’égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir” (“Esta igualdade, dizem eles, é uma quimera de especulação que não pode existir na prática. Mas se seu abuso é inevitável, disso se segue que não será ao menos necessário regrá-lo? É precisamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre tender a mantê-la”).

⁽³⁾ A incompreensão da natureza normativa do princípio da igualdade contra o caráter fático da desigualdade está, por outro lado, difundida ainda em alguns autores contemporâneos: se pense na crítica da igualdade entre os sexos como produto de um “esforço abstrato da teoria”, em vez de uma convenção política moral, em A. Cavarero, L’ordine dell’uno non è l’ordine del due, *Il genere della rappresentanza*, org. por M. L. Boccia e I. Peretti, Editori Riuniti, Roma, 1988, p. 70 e ss. A relação entre o valor da igualdade jurídica enquanto “igualdade de direitos políticos” e livre expressão de “todas as diversas identidades” de fato é, ao invés, lucidamente relevado por R. Rossanda, *Uguaglianza e disuguaglianza negli scenari della soggettività o delle oggettività sociali*, in S. Mannuzzu e F. Clementi (org.), *Crisi della giurisprudizione e crisi della politica. Studi in memoria di Marco Ramat*, Angeli, Milano, 1988, p. 97 e ss.

Esta diferença foi cultuada, na tradição jusnaturalista, somente por J.-J. Rousseau, *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes* (1754), Montaigne, Paris, 1973, parte II, p. 114-115: “Le droit de propriété n’étant que de convention et d’institution humaine, tout homme peut à son gré disposer de ce qu’il possède. Mais il n’en est pas de même des dons essentiels de la nature, tels que la vie et la liberté dont il est permis à chacun de jouir, et dont il est au moins douteux qu’on ait droit de se dépouiller; en s’ôtant l’une on dégrade son être, en s’ôtant l’autre on l’anéantit autant qu’il est en soi; et, comme nul bien temporel ne peut dédommager de l’une et de l’autre, ce serait offenser à la fois la nature et la raison que d’y renoncer, à quelque prix que ce fût”; *idem*, *Du contrat social*, cit., I, 4, p. 46: “Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits de l’humanité, même à ses devoirs. Il n’y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l’homme, et c’est ôter toute moralité à ses actions que d’ôter toute liberté à sa volonté” (“O direito de propriedade, não sendo senão de convenção e de instituição humana, todo homem pode ao seu talento dispor do que possui. Mas não é o mesmo quando se fala dos dons essenciais da natureza, tais como a vida e a liberdade que são permitidos a cada um de desfrutar e que são ao menos duvidosos que alguém deles possa despojar; ofendendo-se a uma degrada-se a outra, degradando-se a outra se degrada o ser; e como nenhum bem temporal pode indenizar uma e outra, seria ofender por sua vez a natureza e a razão renunciar a elas, por qualquer preço que seja renunciar à sua liberdade é renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, mesmo aos seus deveres. Não há nenhuma indenização possível para quem quer que seja que renuncie a tudo. Uma tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e é despojar de toda moralidade suas ações quanto despojar toda liberdade de sua liberdade”). Para Rousseau, todavia, o fato de que os direitos fundamentais não sejam alienáveis entre particulares não comporta que necessariamente sejam invioláveis pelo Estado, ao contrário de Locke (e no que toca à vida, também de Hobbes), segundo o qual eles são “propriedades”, justamente por isso, ao menos, em parte alienáveis entre particulares (*infra*, nota 5), mas não são integralmente transferidos ao Estado nem são, por essa razão, por ele violáveis, senão através de justa pena (*supra*, nota 41 do capítulo 13).

⁽⁴⁾ *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, em particular nas p. 98-105.

⁽⁵⁾ O vício é comum a toda a tradição jusnaturalista, com a simples exceção de Rousseau, sobre o qual comentei na nota 3. Sobre a associação entre liberdade e propriedade no jusnaturalismo setecentista, em particular, veja-se a análise de C. B. Macpherson, *The political theory of possessive indi-*

dualism: Hobbes to Locke (1962), trad. it. de S. Borutti, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Isedi, Milano, 1973. A formulação mais clássica de tal associação remonta, como se sabe, a Locke, quando identifica entre os direitos naturais, cuja tutela é incumbência do Estado, os “bens” e as “posses” próximos à vida, à liberdade, à saúde e à integridade física (*Secondo trattato*, cit., par. 4, p. 242) e usa, às vezes, a palavra “propriedade” para designar cumulativamente não apenas as tenças mas, também, a vida e a liberdade (par. 123, p. 339; par. 3, p. 238). A despeito disso, como mostrou Macpherson, a configuração do direito de propriedade é singularmente ambígua em Locke. De um lado ele funda sua legitimidade sobre três pressupostos e as correlativas limitações do uso para fins de subsistência (*Secondo trattato*, cit., V, par. 25, p. 258-259), do trabalho com o próprio corpo (par. 27-31, p. 260-263) e da *suficiência para outros* de coisas igualmente boas (par. 32-36, p. 263-267). De outro lado estes mesmos pressupostos – que caracterizariam a propriedade não apenas como capitalista, mas completamente anticapitalista – são todos sucessivamente negados por Locke, o qual justifica a superação com três argumentos: 1) “a invenção da moeda”, que permite por meio da troca “mais posses” de quanto não necessita o uso direto e imediato do possuidor (ibidem, par. 36, p. 267; par. 45, p. 273-274; par. 50, p. 276-277); 2) a mesma “propriedade incontestável do trabalhador” sobre a “própria pessoa” e sobre o “seu trabalho” (par. 27, p. 260-261), ou mesmo o fato de que ele “é patrão de si mesmo e proprietário da sua própria pessoa e dos atos e de seu trabalho” (par. 44, p. 273), de modo que “pode fazer-se servo de um outro vendendo-se, por um certo tempo, pelo serviço que promete prestar, em troca de um pagamento a receber” (ibidem, par. 85, p. 302-303); 3) a tese, enfim, do incremento de valor das coisas possuídas e trabalhadas, que permite um aumento geral das “previsões comuns da humanidade”. Que são, como observou Macpherson, os três principais pressupostos ou justificações da acumulação capitalista ilimitada. Também Gioele Solari observou que “este sistema de limites postos à propriedade asseguravam no estado de natureza a propriedade para todos e a igualdade da propriedade. Do comunismo, que era a consequência lógica, Locke escapa hábil e artificialmente, imaginando um pacto tácito mas voluntário que introduzisse o uso da moeda” (*Individualismo e diritto privato*, cit., p. 28). Sobre a propriedade em Locke, vejamos também N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, p. 217-218; idem, *Studi lockiani*, (1965), in *Da Hobbes a Marx*, cit., p. 108 e ss.

⁽⁶⁾ De cive, cit., XIV, 3, p. 268. A mesma tese é retomada no *Leviatano*, cit., XIV, p. 105.

⁽⁷⁾ B. Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten* (1862-1870), trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle pandette*, Utet, Torino, 1902, I, par. 37, p. 170 e ss.

⁽⁸⁾ R. Jhering, *L'esprit du droit romain*, cit., t. IV, p. 326 e 337.

⁽⁹⁾ K. F. Gerber, *Über öffentliche Recht* (1852) e idem, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), trad. it. de P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici e Lineamenti di diritto pubblico tedesco in Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 3-87 e 89-213. Propugnando pela reorganização do Estado como “organismo ético” (p. 21, 109 e 195 e ss.), Gerber caracteriza os direitos públicos subjetivos como “elementos orgânicos constitutivos de um Estado concreto” (p. 107), os quais “dizem respeito ao singular não enquanto tal (...), mas sim enquanto legado de uma coletividade” e também como “efeitos reflexos” do poder estatal (p. 130 e 132-133), tendo as suas “raízes não tanto na esfera jurídica dos particulares, mas, antes, na existência abstrata das leis” (p. 82). “Todos os direitos públicos”, declara Gerber, “encontram o seu fundamento, o seu conteúdo, o seu fim, no organismo estatal, no qual deve realizar-se a vontade nacional na sua tendência ao cumprimento da vida coletiva” (p. 43). A mesma “cidadania” se resolve, sobre esta base, em “uma série de efeitos de direito público (...). O significado geral destes, assim ditos, direitos do cidadão (liberdade política) pode encontrar-se apenas em algo de negativo, e isto reside no fato de que o Estado, no seu domínio e na sujeição do indivíduo, se mantém entre os seus limites naturais, deixando livre, fora da sua busca e influência, aquela parte da pessoa humana que não pode sujeitar-se à ação coercitiva da vontade geral segundo as idéias da vida pública germânica. Os direitos do povo não são, portanto, mais do que direitos exclusivamente negativos, os direitos ao reconhecimento do lado livre, isto é, não estatal da personalidade, de modo que, por conseguinte, estaríamos dispostos a construir aqueles direitos como tantos efeitos da liberdade pessoal no Estado (p. 66-67). Negam o conceito de direito público subjetivo também J. Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Bensheimer, Mannheim, 1888, p. 13 e ss.; K. Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, Mohr, Freiburg, 1888, p. 268 e ss.; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895,

I, par. 9, p. 104 e ss. Para maiores referências à literatura alemã de fins do século XIX e para uma crítica à doutrina de Gerber, veja-se S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, e V. E. Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit., I, p. 113 e ss.

⁽¹⁰⁾ De “auto-obrigação” do Estado fala G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), trad. it. de G. Vitagliano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 215 e ss. De “autolimitação” fala, ao invés, S. Romano, ob. cit., p. 159-163. A funcionalização dos direitos públicos subjetivos dos cidadãos ao interesse geral é assim expressa por Jellinek: “Os interesses individuais se distinguem em interesses constituídos predominantemente por escopos individuais e em interesses constituídos predominantemente por escopos gerais. O interesse individual reconhecido predominantemente pelo interesse geral constitui o conteúdo do direito público” (ob. cit., p. 58); “qualquer direito público existe no interesse geral, o qual é idêntico ao interesse do Estado” (p. 78).

⁽¹¹⁾ G. Jellinek, *Sistema*, cit., p. 10: “Um ordenamento objetivo de direito público constitui, portanto, o fundamento do direito público subjetivo”; p. 32: “A personalidade particular não constitui portanto o fundamento, mas o resultado da sociedade jurídica”; p. 92-93: “Apenas como membro do Estado o homem é em geral sujeito de direitos (...). É o Estado, portanto, que cria a personalidade. O escravo, antes que o Estado o liberasse ou lhe atribuisse limitada capacidade de dispor de seu pecúlio, não era pessoa (...). Da qualidade de homem resulta, histórica e logicamente, como consequência necessária apenas o dever, não o direito sobre o Estado”.

⁽¹²⁾ O direito subjetivo do Estado “à fidelidade” foi teorizado, entre outros, por P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1882), 2.ª ed., Mohr, Freiburg, 1894, I, p. 131 e ss.. C. F. Gerber, *Sui diritti pubblici*, cit., par. 5, p. 47 e ss., e par. 7, p. 65, falou de “direitos do monarca” e de “obrigações” do súdito “de manter a obediência e a fidelidade para com ele”, sendo a sua “posição constitucional a de um dominado estatal”; a mesma idéia reaparece em idem, *Lineamenti*, cit., onde se afirma que “o Estado exige que o cidadão se mostre submetido e obediente à vontade estatal”, no sentido que “exige com isto uma geral dedicação da pessoa” (par. 17, p. 131), e se concebem “os homens e as coisas dominadas como objetos do direito de dominação do Estado” (Apêndice, II, p. 201). De um direito subjetivo ou pretensão do Estado “à obediência” dos cidadãos, correlativo ao dever de obediência destes últimos, falam também G. Jellinek, ob. cit., p. 217, que reproduz as análogas teses de Löning e de Binding, e S. Romano, ob. cit., p. 147-148. Vejam-se, além disso, as classificações dos direitos públicos subjetivos, articuladas nas duas categorias dos “direitos do Estado” ou de “supremacia” e dos “direitos dos cidadãos”, em G. Jellinek, ob. cit., parte especial, e em S. Romano, ob. cit., cap. III-VII. Lembre-se, de resto, a imprópria figura do “direito do Estado de punir”, elaborada por Binding e reproduzida na Itália de Rocco, à qual fiz menção na nota 1 do capítulo 5.

⁽¹³⁾ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 88-90; idem, *Teoria pura do direito*, cit., p. 148 e ss. Partindo, obviamente, de premissas diversas, o conceito de “direito subjetivo” provém, de outra parte, de uma total dissolução na doutrina jurídica nazista: cf. o recente estudo de M. La Torre, *‘La lotta contro il diritto soggettivo’*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazional-socialista, Giuffrè, Milano, 1988.

⁽¹⁴⁾ Sobre a variedade, a heterogeneidade e a expansão histórica dos direitos fundamentais, além da ilusão da idéia – própria da tradição jusnaturalista e mais em geral de toda forma de racionalismo ou cognição ética – de um qualquer fundamento absoluto seu, vejam-se os ensaios de N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, (1965), in *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 119-130; idem, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* (1968), ibidem, p. 131-158; idem, *Vi sono diritti fondamentali?* (réplica a G. Pontara), cit.; Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti, *Mundoperaio*, março de 1988, p. 59-60.

⁽¹⁵⁾ Esta interpretação da figura de Antígona como sujeito “autônomo” em relação ao Estado se deve a R. Rossanda, *Antigone ricorrente*, artigo introdutório a Sófocles, *Antigone*, trad. it. de L. Biondetti, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 16 e ss.

⁽¹⁶⁾ Cf., em particular, Critone, *Dialoghi filosofici*, cit., 50b-54d, p. 96-102.

⁽¹⁷⁾ “E agora, concluiria eu: cidadãos atenienses, façam como quiserem, escutem Anito ou não, mandem-me livre ou não, eu tenho a intenção cerrada de não alterar minha conduta, mesmo se devesse tornar-me mil vezes cadáver” (Platão, L’apologia di Socrate, *Dialoghi*, cit., 30c, p. 762); veja-se tam-

bém a passagem 29c-d, onde Sócrates refuta a vida e a liberdade em troca da declaração de obediência e da cessação da sua atividade de educador.

(18) “Tenha por certo que, se condenais a morte uma pessoa como eu, com base na qualidade de quem vos fala, o dano maior não será afeito a mim, mas a vós. De minha conta, nenhum dano me pode aportar nem Meleto nem Anito (...). Isto admitido, entendeis bem, cidadãos, porque não me preocupo em dizer palavras em minha defesa como se pudesse crer. Eu falo para vossa vantagem. Estejais bem atentos, porque se pronunciam condenações contra a minha pessoa, poderéis mostrar um censurável desprezo para com um maravilhoso dom que Deus vos deu” (ibidem, 30c-e). E então, com ironia: “Mas, cidadãos atenienses, qual pena por minha conta proporei a vós? (...) Se se deve propor algo de adequado aos fatos, carece, cidadãos atenienses, propor um prêmio. Certo, e por demais um prêmio conveniente à minha condição. E o que mais conviria a um homem pobre, um homem que é o vosso benfeitor, e que por outro lado sente a carência de ter um tempo livre, para continuar na sua obra de advertência e exortação? Não há, cidadãos atenienses, algo que tanto convenha a um semelhante homem como ser mantido no Pritaneo” (ibidem, 36b e 36d). Enfim: “Se dirá que tereis matado Sócrates, homem sábio. Porque o dirão que sou sábio, mesmo se efetivamente não seja... Vós talvez credes que a minha condenação seja devida ao fato de que não quis dispor de tais argumentos para a minha defesa (...) Mas não eram os argumentos, era a coragem, era a imprudência que me faltavam; era que tive o resolutivo querer de não recorrer aqui, com vós, àquilo com que de modo particular todos vós vos deleitais: lamentos, choros, atos de outro gênero, palavras indignas de minha pessoa... Antes, veja-se, prefiro a morte, após uma semelhante defesa, bem mais que a vida obtida doutro modo... Difícil não é fugir da morte. Muito mais difícil é fugir da iniquidade... E hoje eu me vou daqui, condenado à morte por obra vossa. Os meus julgadores, ao invés, condenados por obra da verdade, quedam herdeiros da iniquidade e da injustiça. E eu aceito a minha condenação e estes a sua (ibidem, 38c-39b).

(19) J. Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, cit., cap. III, p. 14; idem, *Essay on logic*, cap. VII, seq. 7, *Works*, cit., vol. VIII, p. 246-248; J. Austin, *Lectures on the philosophy of positive law*, cit., Lect. I. Sobre a distinção entre “ter uma obrigação” e “ser ou estar obrigado”, veja-se, ao invés, H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 98 e ss. Hart assim resume a confusão entre os dois conceitos, por ele chamada de “modelo benthamiano”: “Dois são os conceitos fundamentais: dizer que um homem tem a obrigação de comportar-se de um certo modo equivale a dizer que, se não se comporta assim, se entende que ele provará uma dor (ou no seu uso equivalente, uma falta de prazer). Assim, Bentham afirma que a dor é ‘constitutiva’ da obrigação em todas as suas formas. Em segundo lugar há várias fontes das quais provém a dor constitutiva, e estas fontes de sofrimento constituem as diversas ‘sanções’ que caracterizam as diversas espécies de obrigação”: sanções físicas, jurídicas ou políticas, populares ou morais, e religiosas; a obrigação, que é uma modalidade deontica, é assim reduzida a um fato representável com “uma idéia de todo simples: a probabilidade de sofrer no caso que se faça ou se omita de fazer uma ação” (Il concetto d’obbligo, *Rivista di Filosofia*, 1966, 2, p. 132-133). A dedução da obrigação (e do direito) do fato, e precisamente da “necessidade de natureza (que) induz os homens a querer e desejar o *bonum sibi*, visto que é bem para si mesmos, e a evitar isto que lhes for nocivo, mas sobretudo, aquele terrível inimigo, a morte, da qual nos espera a perda de todo poder” foi, por outro lado, tarefa, ainda antes, de Hobbes (*Elementi*, cit., parte I, cap. XIV, par. 6, p. 111; idem, *De cive*, cit., I, 7, p. 86). Mais em geral, de resto, todo o jusnaturalismo racionalista, a partir de Hobbes, tem em comum a idéia ético-cognitivista da “demonstrabilidade” dos princípios morais ou de direito natural ou racional (cf. N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, cit., p. 21-33).

(20) Neste sentido – de todo diverso daquele estipulado nos parágrafos 15.2 e 23.1 – “ideologia” equivale a doutrina “normativa” ou “valorativa”, isto é, apta a orientar ou justificar atividades práticas (veja-se, *supra*, a nota 16 ao capítulo 4).

(21) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 110-112 e 115-117; idem, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 347-361.

(22) N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, cit., p. 124-125; idem, *Il positivismo*, cit., p. 371; idem, *Intervenção na Mesa redonda sobre positivismo jurídico*, Pavia, 2 de maio de 1966, Giuffrè, Milano, 1967, p. 69-73.

(23) *Il positivismo*, cit., p. 356 e 360.

(24) *Il Giusnaturalismo*, cit., p. 116.

⁽²⁵⁾ A. Passerin d'Entrevès, *Obbedienza e resistenza in una società democratica, e altri saggi*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, p. 25 e 80-81; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 133.

⁽²⁶⁾ A. Passerin d'Entrevès, ob. cit., p. 79 e ss.; U. Scarpelli, ob. cit., p. 57 e ss. Releve-se que esta interpretação do “ponto de vista interno” de que fala Hart (*Il concetto di diritto*, cit., p. 68 e ss., 106 e ss. e 121) como aceitação ou adesão ético-política ao direito positivo não é compartilhada pelo mesmo Hart (ob. cit., p. 245).

⁽²⁷⁾ A. Passerin d'Entrevès, ob. cit., p. 81.

⁽²⁸⁾ U. Scarpelli, ob. cit., p. 133.

⁽²⁹⁾ A. Passerin d'Entrevès, ob. cit., p. 85; U. Scarpelli, ob. cit., p. 148-153.

⁽³⁰⁾ A. Passerin d'Entrevès, ob. cit., p. 77 e 80-81.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 82-83.

⁽³²⁾ Um argumento semelhante foi mais vezes utilizado na polémica interna e externa da ordem judiciária, que se desenvolveu na Itália no início dos anos setenta pelo grupo “Magistratura Democrática”. O seu defeito era não levar em conta a divergência – assaz profunda na Itália, em que da emanção da Constituição não se seguiu a reforma da codificação fascista – entre “dever ser” constitucional e “ser” legal e judiciário, ou ainda entre normatividade e efetividade; e portanto do fato de que o conflito não era entre valores políticos externos (ou de consciência) e valores jurídicos internos, mas sim entre princípios jurídicos de grau superior e normas e práxis de grau inferior às quais estava obrigada, e não apenas lícita, a crítica e a transformação.

⁽³³⁾ U. Scarpelli, ob. cit., p. 50-52, 57-61, 88-89, 91-93.

⁽³⁴⁾ N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, cit., p. 116; U. Scarpelli, ob. cit., p. 79 e ss.

⁽³⁵⁾ H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 236; A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 52-54.

⁽³⁶⁾ Reconhece-o o mesmo Hart, ob. cit., p. 236.

⁽³⁷⁾ R. M. Hare, *The language of morals* (1952), trad. it. de M. Borioni, *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma, 1968, p. 59 e ss. A tese equivale à primeira lei kantiana da moral, reportada à nota 7 do capítulo 6.

⁽³⁸⁾ N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, in *Il pensiero politico contemporaneo*, org. G. M. Bravo e S. Rota Ghibaudo, Angeli, Milano, 1985, p. 27.

⁽³⁹⁾ Tais são as exceções e pronunciamentos de inconstitucionalidade das leis, as impugnações e as reformas dos proventos judiciais e administrativos ilegítimos, os juízos sobre a responsabilidade civil e penal dos titulares de função pública e, sobretudo, o exercício da oposição política no Parlamento. Foi sobre a base desta última garantia que Kant afirmou a incompatibilidade do direito de resistência com o moderno Estado de direito: “Em um Estado no qual a Constituição é tal que o povo pode resistir *legalmente* por meio dos seus representantes (no Parlamento) ao Poder Executivo e aos representantes deste poder (aos ministros) – o que se chama então de Constituição moderada – não é, pois, permitida qualquer resistência ativa (por meio da qual o povo arbitrariamente reunido constrangeria o governo a seguir uma certa conduta, e em consequência faria ele mesmo ato de poder executivo), mas apenas uma resistência *negativa*, vale dizer, uma *rejeição* do povo (no Parlamento) de consentir sempre a isto que pede o governo sob pretexto do bem do Estado” (*Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 510). Vejam-se, também as notas 23 e 24 do capítulo 12.

⁽⁴⁰⁾ *Secondo trattato sul governo*, cit., par. 21, p. 254. Do “apelo aos céus” (*appeal to heaven*), Locke fala mais difusamente no par. 168, p. 378: “O povo, neste como em outros casos nos quais não há grande juiz para a causa, não tem outro remédio que o apelo aos céus: porque em tais tentativas, os governantes, exercitando um poder que o povo não colocou jamais em suas mãos (não se pode mais supor que o povo consinta que qualquer um o governe em seu prejuízo) fazem isto sem direito de o fazer. E quando todo o povo, ou um solitário homem, é particular em seu direito, e não apelou na terra, então tem a liberdade de apelar aos céus, no caso que eles julguem que a causa seja de importância adequada”. Vejam-se também, par. 176 e 241, p. 385 e 440. O nexo entre soberania popular, natureza instrumental dos poderes públicos referente aos valores-fins dos quais o povo remanesce depositário e direito de resistência quando os poderes constituídos contrastam com tais fins; está, pois, expressa em Locke, ob. cit., par. 149, p. 361-362: “Já que o Legislativo não é mais do que um poder fiduciário

de deliberar em vista de determinados fins, remanesce sempre ao povo o poder supremo de remover ou alterar o Legislativo quando vê que o Legislativo delibera contra a confiança neste depositada (...) É assim que a comunidade conserva sempre o poder supremo de preservar-se dos atentados e das intenções de quem quer que seja, mesmo dos seus legisladores, toda vez que estes sejam assim insensatos e perversos para conceber e perseguir intenções contrárias à liberdade e propriedade dos súditos (...) Assim, sob este aspecto, se pode dizer que a comunidade é sempre o poder supremo".

⁽⁴¹⁾ *Giusnaturalismo*, cit., p. 136-138.

⁽⁴²⁾ J. Bentham, *Principes du code civil*, cap. I, *Oeuvres*, cit., I, p. 55-56. A mesma contraposição entre lei e direito de liberdade foi sustentada por T. Hobbes, *Leviatano*, cit., XIV, p. 105, e XXVI, p. 220.

⁽⁴³⁾ *De l'esprit des lois*, cit., XI, 4, p. 395. A passagem está reportada, *supra*, na nota 43 ao capítulo 13.

⁽⁴⁴⁾ Esta vinculação ao poder da identidade e dos valores da pessoa é assim tratada por Hobbes: "O valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é o seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto, não absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem (...) E tal como nas outras coisas, também o homem não o vendedor, mas o comprador é quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros" (*Leviatano*, cit., X, p. 70-71).

⁽⁴⁵⁾ É o caso da menina Mary Ellen, afastada de seus genitores após uma ação promovida pela Sociedade Protetora dos Animais. O episódio é referido por E. Garcia Mendez, *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales del control social*, no prelo.

⁽⁴⁶⁾ Cf., *supra*, o parágrafo 49.2 e a nota 23 ao capítulo 11.

⁽⁴⁷⁾ Veja-se, neste sentido, H. Kelsen, *Über Staatsunrecht* (1913), trad. it. de A. Abignente, *L'illecito dello stato*, Esi, Napoli, 1988, no qual se exclui como "inconcebível" um ilícito do Estado-pessoa referente às normas de direito internacional.

⁽⁴⁸⁾ Sobre a responsabilidade dos Estados pelos ilícitos cometidos em dano de particulares ou de outros Estados, as contribuições de maior relevo são as de R. Ago, Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati, 3 vol., org. A. Di Blase, G. Gaja, G. Guarino e S. Marchisio nas *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Jovene, Napoli, 1979-1986, o primeiro dos quais recolhe cinco longos estudos surgidos entre 1934 e 1939, e os outros dois reportam a oito relações sobre responsabilidade dos Estados na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, escritos entre 1969 e 1979. Veja, também, P. Nuvolone, La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche (1945), in *Trent'anni*, cit., I, p. 45-139, no qual é reelaborada a figura dos "crimes de lesa-humanidade"; além disso E. Vitta, Responsabilità degli Stati, *Novissimo digesto italiano*, cit., XV, 1968, p. 731-738, e G. Pau, Responsabilità internazionale, *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIX, 1988, p. 1.432-1.459, tanto um quanto outro com ampla bibliografia. Sobre a criminalidade e a impunidade dos Estados, cf. também A. Cassese, *Violenza e diritto nell'era nucleare*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

⁽⁴⁹⁾ "La souveraineté réside dans le peuple", afirma, além disso, o art. 35 da Declaração dos Direitos preambular à Constituição de 1793; e o art. 7 acrescenta: "Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français". Outras vezes as Constituições da França revolucionária falaram de "souveraineté de la Nation" e de "souveraineté nationale"; assim o art. 3 da Declaração dos Direitos, preambular à Constituição de 1791; o art. 1, preambular ao título III desta mesma Constituição, e o art. 23 da Declaração preambular à Constituição de 1793.

⁽⁵⁰⁾ Vejam-se, para a Alemanha Federal, o art. 20, *caput*, da Constituição de 1949; para o Japão, o art. 1 da Constituição de 1946; para a Espanha, o art. 1, *caput*, da Constituição de 1978; para Portugal, os arts. 1, 2 e 3, parágrafo 1.º, da Constituição de 1976; para a União Soviética, o art. 1 da Constituição de 1977; para a China, os arts. 1 e 3 da Constituição de 1975.

⁽⁵¹⁾ O nexo entre direitos fundamentais, soberania popular e direitos dos povos é bem expresso pelos arts. 35-37 do projeto de Constituição apresentado por Robespierre em 24 de abril de 1793: "Art. 35. Os homens de todos os países são irmãos, e os diferentes povos devem ajudar-se entre si segundo os seus poderes, assim como os cidadãos de um mesmo Estado. — Art. 36. Quem oprime uma nação apenas se declara inimigo de todos. — Art. 37. Os que fizerem guerra a um povo para impedir o progres-

so da liberdade é aniquilar os direitos do homem devem ser perseguidos por todos, não como os inimigos ordinários, mas como assassinos e ladrões rebeldes” (em A. Saitta, *Costituenti e costituzioni*, cit., p. 360). Recorde-se também o art. 34 da Declaração preambular à Constituição de 24 de junho de 1793: “Há opressão contra o corpo social quando apenas um dos seus é oprimido. Há opressão contra qualquer membro quando o corpo social é oprimido”.

⁽⁵²⁾ Sobre o tema, cf. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 125 e ss. Sobre a noção de “direito dos povos”, configurada pela *Declaração Universal dos Direitos dos Povos* de Argel, de 04.07.1976, e sobre a subjetividade dos povos, existe uma rica literatura: me limito a recordar A. Cassese e E. Jouve, *Pour un droit des peuples*, Berger-Levrault, Paris, 1978, que reporta também ao texto; A. Cassese, *Il diritto dei popoli all'autodeterminazione politica: dallo statuto dell'Onu alla dichiarazione di Algeri*, *Omaggio a Lelio Basso*, Angeli, Milano, 1978, p. 733 e ss.; E. Jouve, *Le Tiers Monde dans la vie internationale*, Berger-Levrault, Paris, 1983, parte III; F. Rigaux, *Le droit, la libération des peuples et l'édification d'un nouvel ordre mondial*, *La Pensée*, 1982, n. 227, p. 69 e ss.; AA.VV., *Droits de l'homme et droits des peuples*, atos do colóquio de San Marino de 27-29.06.1980, Della Balda, San Marino, 1983; S. Senese, *Égalité formelle et égalité substantielle dans le droit international*, p. 191 e ss.; idem, *Movimento per la pace e diritto dei popoli*, *Democrazia e diritto*, 1984, 1-2, p. 123-151; idem, *Superamento della guerra possibile e diritto dei popoli*, *Questione giustiziala*, 1987, 3, p. 487-503; G. Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Jovene, Napoli, 1984.

⁽⁵³⁾ De “povos” e “nações” como sujeitos fala repetidamente o preâmbulo da Declaração, que menciona “Estados membros” apenas para vincular-los “ao respeito e à observância universal dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”. Todavia, como afirmou François Rigaux, o fato de que os “sujeitos” de direito internacional sejam de fato os Estados, os quais se reservam o poder de fazer as regras que eles reconhecem como obrigatórias, fez da ONU um gênero de “caricatura de Estado de direito” (*Introduction à la science du droit*, Éditions Vie Ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 57).

⁽⁵⁴⁾ *Leviatano*, cit., XIII, p. 110; ibidem, XXI, p. 174: “...a liberdade do Estado é a mesma que todo homem deveria ter, se não houvesse leis civis nem nenhuma espécie de Estado. E os efeitos daí decorrentes também são os mesmos, porque, tal como homens sem senhor, existe uma guerra perpétua... assim também, nos Estados que não dependem uns dos outros, cada Estado (não cada indivíduo) tem absoluta liberdade de fazer tudo o que considerar... Além disso, vivem numa condição de guerra perpétua, e sempre na iminência de batalha, com as fronteiras em armas e canhões apontados contra seus vizinhos a toda volta”. Analogamente, J. Locke, *Secondo trattato*, cit., II, par. 14, p. 248-249: “Já que todos os princípios e os magistrados de governos independentes por todo o mundo estão em um estado de natureza, é claro que o mundo não foi mais nem será privado de um certo número de homens naquele estado. Aludi a todos os governantes independentes, sejam ou não sejam aliados com outros, porque não é um pacto qualquer que põe termo ao estado de natureza entre os homens, mas apenas aquele de acordarem-se juntos e reciprocamente a entrar em uma única comunidade e formar um único corpo político”.

⁽⁵⁵⁾ *Leviatano*, cit., XXI, p. 178.

⁽⁵⁶⁾ I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, cit., p. 297 e ss. Sobre os múltiplos nexos entre direito, direitos, não violência e paz, veja-se a coletânea de ensaios de N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit.

⁽⁵⁷⁾ V. E. Orlando, *Prefácio* à edição italiana de G. Jellinek, *Sistema*, cit., p. XII.

⁽⁵⁸⁾ Lembre-se J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., III, 10, p. 125: “Comme la volonté particulière agit sans cesse contre la volonté générale, ainsi le gouvernement fait un effort continuel contre la souveraineté. Plus cet effort augmente, plus la constitution s'altère, et comme il n'y a point ici d'autre volonté de corps qui résistent à celle du prince fasse équilibre avec elle, il doit arriver tôt ou tard que le prince opprime enfin le souverain et rompe le traité social. C'est là le vice inhérent et inévitable qui dès la naissance du corps politique tend sans relâche à détruire, de même que la vieillesse et la mort détruisent le corps de l'homme”. (“Como a vontade particular pugna sem cessar contra a vontade geral, assim o governo faz um esforço contínuo contra a soberania. Quanto mais este esforço aumenta, mais a constituição se altera, e como não há aqui outra vontade de corpo que resista àquela do príncipe e se

equilibre com ela, deve chegar cedo ou tarde o momento em que o príncipe oprima enfim o soberano e rompa o trato social. Este é o vício inerente e inevitável que, a partir no nascimento do corpo político, tende sem relaxar a destruir, da mesma forma que a velhice e a morte destroem os corpos do homem".)

⁽⁵⁹⁾ R. Jhering, *Der Kampf um's Recht* (1872), trad. italiana de R. Mariano, *La lotta per il diritto*, 3.^a ed., Laterza, Bari, 1960, III, p. 70.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, IV, p. 98.

ESCOLAS PROFISSIONAIS SALESIANAS

Rua Dom Bosco, 441 – Mooca – 03105-020 São Paulo - SP

Fone: (11) 3277-3211 Fax: (11) 3271-5637

www.editorasalesiana.com.br